Die Schweigepflicht des Strafverteidigers

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

vorgelegt von

Günther Braune
Referendar
aus Berlin

Tag der Promotion: 27. Dezember 1939

VERLAG RUDOLPH PFAU, BERLIN NW 7, LUISENSTR. 21

J 35

Gedruckt mit Genehmigung
der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Berlin

Dekan: Professor Dr. Gieseke
1. Berichterstatter: Professor Dr. Graf Gleispach
2. Berichterstatter: Professor Dr. Kohlrausch.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Schrifttumsverzeichnis 5

I. Einleitung 11

II. Der Strafverteidiger 12

III. Die historische Entwicklung des Deliktes des Geheimnisbruches 23

IV. Die Tatbestandsmerkmale des Geheimnisbruches 42

a) Das Schutzobjekt des § 300

b) Kraft Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut.

c) Der Geheimnisherr

d) Die Offenbarung des Geheimnisses

e) Die Entbindung von der Schweigepflicht

f) Das Antragserfordernis

g) Die unbefugte Offenbarung

V. Die Pflichtenkollisionen 66

VI. Offenbarungspflichten 85

Schrifttums-Verzeichnis.

Arenz, Maria: Die Stellung des Verteidigers im Strafprozeß. Köln, Diss. 19. 2. 28.

Bayer, Friedrich: Die Verteidigung im Strafprozeß. Erlangen, Diss. 18. 1. 09.

Bendix: Die Rechtspflicht des Schweigens, insbesondere mit Rücksicht auf § 300, im Archiv für Strafr. und Strafp. 52. Jahrgang, 1905. S. 1 ff. (Jude.)

Benedikt, Dr. Edmund: Die Advokatur unserer Zeit. 4. Aufl. Berlin. Liebmann 1912. (Jude.)

Bergfeld: Die Verletzung fremder Geheimnisse nach geltendem Recht und den neuen Strafgesetzentwürfen. Diss. Tübingen 1930.

Binding, Karl: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil, Bd. 1. 1902.

Birkmeyer: Enzyklopädie der Rechtswissenschaften. Berlin 1904.

Blatzheim: Hans-Rolf: Die Schweigepflicht im geltenden und kommenden deutschen Strafrecht. Köln, Diss. 23. 7. 38.

Brinkmann, Alois: Die Schweigepflicht des Zahnarztes. Bonn, med. Diss. 14. 2. 36.

Collmann: Das ärztliche Berufsgeheimnis im geltenden Recht und in den Entwürfen zum StGB., Diss. Göttingen 1925.

Demarle: L'obligation au secret professionel. Lyon 1900.

Dix: Totaler Staat und freie Advokatur. DJZ. 33/243.

Deschl, Hans: Das Berufsgeheimnis im Strafrecht. München. Diss. 16. 2. 38.

Ebermayer, Lobe: Komm. zum StGB., 3. Aufl. 1925.

Eisner, Ernst: Die Grenzen der Verteidigung unter besonderer Berücksichtigung der Begünstigung. 1922.

Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten. (Motive und Komm.-Berichte.)

Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund nebst Motiven und Anlagen. Berlin 1870.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Exner, Bjarne: Das Berufsgeheimnis des Arztes gemäß § 300 StGB. Heidelberg. Diss. 30. 8. 09.

Finger, August: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts Bd. 1 Berlin 1904.

Finger, August: Verletzung der Geheimnissphäre, in: Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Komm. 18. Aufl. 1931.

Friedersdorf, Ernst: Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen durch Rechtsbeistände, Medizinalpersonen und deren Gehilfen. Halle. Diss. 12. 4. 06.

Friedersdorff: Grenzen der Verteidigung. Deutsche Richterzeitung. 1933/15.
Fromme: Die rechtliche Stellung des Arztes und seine Pflicht zur Verschwiegenheit im Beruf. Berliner Klinik. 1902.
Funke, Helmut: Die Schweigepflicht des Arztes. Leipzig. Diss. 9. 11. 36.
Gans, Richard: Das ärztliche Berufsgeheimnis. Heidelberg. Diss. 9. 1. 07.
Gareis, Friedrich: Der Verteidiger in seinem Verhältnis zum Beschuldigten. Erlangen. Diss. 27. 7. 33.
Gerhardy, Heinz: Die Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht. Bonn. 1932.
Givanovitch: Prinzipien der legislativen Regelung der Grundprobleme der Berufsgeheimnisverletzung, in Goltd. Arch. Bd. 57.
Götz: Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses. Diss. Tübingen. 1934.
Goltdammer: Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. Teil 2. Berlin. 1852.
Gonell, Günther: Die Stellung des Verteidigers im modernen Strafprozeß. Deutsches Strafrecht 1935. Sondernummer 267 ff.
Greffin, Günter: Der amtlich bestellte Verteidiger im Deutschen Strafprozeß. Halle. Diss. 20. 9. 37.
Grolmann, Hugo: Die Schweigepflicht des Arztes. Leipzig. Diss. 20. 1. 09.
Großmann, Günther: Die Frage der Begünstigung durch den Verteidiger. Breslau. Diss. 25. 1. 30.
Günther: Die Verschwiegenheitspflicht des Arztes. Rostock. Diss. 1894.
Gürtner: Das kommende Deutsche Strafrecht. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. 2. Aufl. 1936.
—: Richter und Rechtsanwalt im neuen Staat. Rede vor der Akademie für Deutsches Recht. Jahrbuch der Akademie 1933/34, S. 151 ff.
—: Der Stand der Strafrechtsreform, eine Unterredung mit Reichsjustizminister Gürtner in „Frankfurter Zeitung" vom 6. 6. 34.
Guthschmidt, Reinhard: Die rechtliche Stellung des Verteidigers in Strafsachen unter besonderer Berücksichtigung der Strafprozeßreform. 1921.
Haferland, Fritz: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Strafverteidigers. Leipzig. Diss. 10. 1. 29.
Hartmann, Ludwig: Die Verletzung des Berufsgeheimnisses nach § 300 StGB. Erlangen. Diss. 4. 10. 09.
Hippe: Unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StGB. in Gold. Arch. für Strafrecht Bd. 46, S. 283.
Hippel, v.: Lehrbuch des Strafrechts. 1932.
Hoffmann, Friedrich: Der Verrat von Privatgeheimnissen nach § 355 des Entwurfes von 1919, vergl. mit dem geltenden Recht. Diss. 1924.
Hoffmann: Die Ueberzeugung des Verteidigers. JW. 1950/37.
Horber: Die Rechtstellung des Verteidigers im Strafprozeß. 1935.

Jäger: Das Berufsgeheimnis der Aerzte und Anwälte. DJZ. 1906/1907. S. 800 ff.
Jansen, Max: Pflichtenkollisionen im Strafrecht. Köln. Diss. 12. 7. 29.
Jellinek: Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Arztes und des Anwaltes. Aschaffenburg. Monatsschrift 3 656 Heidelberg 06/07.
Jonas: Verteidigung und Geständnis in JW. 365 27.
Jummel, Friedrich: Der § 300 StGB. ein Versuch seiner Auslegung. Leipzig. Diss. 1903.
Käckell: Der Schweigebefehl. 1920.
Kalter, Helmut: Die Rechtstellung des Strafverteidigers, seine Pflichten und Rechte. Greifswald. Diss. 20. 8. 38.
Kampfhenkel, Otto: Die Schweigepflicht des Arztes nach § 300 StGB. Würzburg. Diss. 21. 8. 11.
Kassler, Kurt: Zur Einstellung des Strafverteidigers bei Schuld oder Geständnis des Angeklagten. JW. 1049 37.
Kirchgeorg: § 300 StGB. Tübingen. Diss. 1907.
Klefisch: Die Stellung des Strafverteidigers im Sinne der heutigen Rechtsanschauung. JW. 33/50 35.
Klein, Josef: Die ärztliche Schweigepflicht nach § 13 der Reichsärzteordnung. Köln. Diss. 19. 11. 37.
Kohler: Die Geheimnispflicht des Arztes. Aschfbg. Monatsschrift, Bd. 6, S. 593, 1909/10.
—: Die amtliche und nichtamtliche Ueberzeugung des Verteidigers in Gold. Arch. 60 205 ff.
Kohlrausch: Strafgesetzbuch, 35. Aufl. Anm. 3 zu § 300 und
—: Strafprozeß-O., 24. Aufl., Anm. 4 zu § 53.
Kühn: Die Pflichtenkollisionen im Strafrecht. Diss. Leipzig. 1908.
Kühn, Julius: Die Rechtstellung des Verteidigers. Würzburg. Diss. 2. 5. 24.
Kühne, Lothar: Der Verteidiger ohne fremdrechtliches Gewand. Jena. Diss. 19. 5. 37.
Küster, Werner: Die Grenzen, die das Strafrecht dem Anwalt in seiner Tätigkeit als Verteidiger zieht. Freiburg. Diss. 20. 7. aus 25.
Kern: Die Aeußerungsdelikte. Tübingen. 1919.
Lehmann: Besteht der § 300 des Strafgesetzbuches noch zu Recht? III/1703/1932. Med. Welt.
Liebmann: Die Pflicht des Arztes zur Bewahrung anvertrauter Geheimnisse. 1890. (Jude.)
Lilienthal, v.: Die Wahrheitspflicht der Verteidigers im Strafprozeß DJZ. 19. Jahrgang 1914, S. 28 ff.
—: Verteidigung und Begünstigung, DJZ. 6/1901, S. 102.
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1932.
Loewe: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1927.
Löhr, Artur: Die ärztliche Schweigepflicht und ihre Grenze im Strafverfahren. Erlangen. Diss. 17. 10. 34.
Ludwig, Emil: Die Verletzung des Berufsgeheimnisses. Breslau. Diss. 4. 6. 04.

Lübke, Karl: Die Schweigepflicht der Rechtsanwälte, Aerzte, und ihrer Gehilfen. Jena. Diss. 1. 2. 20.

Mahn: Zur Stellung des Verteidigers. DRZ. 424/25.

Mehlich, Kurt: Verteidigung und Begünstigung. Rostock. Diss. 20. 7. 10.

Merkel: Notrechte und strafausschließende Notlagen im künftigen deutschen Strafrecht. Monatsschrift für Krim.-Psych. Jahrgang 9, S. 98 ff.

Messer: Die Einstellung des Strafverteidigers bei Schuld und Geständnis des Angeklagten. JW. 1389/37.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Strafrechts. Leipzig. 1920.

Mittermaier: Gutachten über § 300 StGB. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 21.

Müller-Welt, Christian: Das Berufsgeheimnis des Arztes und Apothekers nach der Reichsärzte- und Apothekerordnung. 1938.

Mundorf, Johannes: Die Wahrheitspflicht des Rechtsanwaltes als Strafverteidiger. Köln. Diss. 27. 7. 28.

Neubert: Neue Richtlinien für die Ausübung des Anwaltsberufes. JW. 1763/34.

—: Der Verteidiger, in: Das kommende Deutsche Strafverfahren. Herausgeber: Gürtner. Berlin 38.

Neukamp: Berufsgeheimnis und Schweigepflicht. Klinische Wochenschrift, XIV aus 98/1935.

Neumann, Ernst-Walter: Die Stellung des Verteidigers im Strafprozeß. Diss. 11. 1. 25.

Noack: Kommentar zur Reichsrechtsanwaltsordnung vom 21. 2. 36. Leipzig 1937.

—: Die Stellung des Anwaltes sowie der freien Berufe im Staat. JW. 33/2185 ff.

—: Der freie Anwalt im Dritten Reiche, in JW. 1746/36.

—: Nochmals Angeklagter und Verteidiger im Neuen Staat. JW. 1030/34.

Olshausen: Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 19. Aufl.

Oetker: Notwehr und Notstand, vergl. Darstellung. Allgemeiner Teil. Bd. 2, S. 255 ff.

Pallaske: Schweigepflicht des Arztes. DJZ. 1906/293.

Pantke, Walter: Die Stellung des Verteidigers im Strafverfahren. Jena. Diss. 26. 11. 20.

Pfähler, Hermann: Die strafrechtliche Schweigepflicht der Rechtsbeistände und Heilpersonen sowie ihrer Gehilfen. Heidelberg. Diss. 9. 8. 23.

Placzek: Das Berufsgeheimnis des Arztes. Leipzig 1909.

Plaschke: Zur Stellung des Verteidigers in JW. 1920.

Preußisches Medizinaledikt von 1725.

Proske, Alfred: Die ärztliche Schweigepflicht im Strafrecht. Erlangen. Diss. 9. 11. 35.

Raeke: Anwalt des Rechts, nicht Anwalt der Partei. JW. 35/241.

Rauno: Die Verletzung des Berufsgeheimnisses nach § 300 StGB. Greifswald. Diss. 1919.

Rennefahrt: Das Anwaltsgeheimnis in schweiz. Jur.-Ztg. Bd. 19, 1922/23.

Rex, Graf Karl von: Der Geheimnisbruch nach § 300. Leipzig 1916.

Riss: Die Strafprozeßreform und die Verteidigung, in Deutsche Richterzeitung, 2. Jahrgang, Nr. 2.

Rosenberg: Die Schweigepflicht des Anwaltsgehilfen. DJZ. 1925, S. 1178 ff.

Rosenberg: Die Stellung des Verteidigers im Strafverfahren, in Aschrott: Reform des Strafprozesses, 1906, S. 308.

Roth: Zum Zeugnisverweigerungsrecht der Aerzte und Rechtsanwälte. JW. 11/130.

—: Indiskretionsdelikt. Heidelberg. Diss. 1927.

Sack: Der Reichstagsbrandprozeß. Berlin. 1934.

Sack: Der Strafverteidiger und der neue Staat. Berlin 1935.

Sandheim, Hugo: Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StGB. Halle. Diss. 21. 5. 04.

Sauter: Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz. Breslau 1910, Heft 123, Lilienthal'sche Strafrechtliche Abh.

Schäfer, Karl: Bemerkungen zur ärztlichen Schweigepflicht. Deutsches Strafrecht 1937, 197/200.

—: Geheimnisschutz, in: „Das kommende Deutsche Strafrecht, II, 438/1938.

Schieck: Reichsnotarordnung vom 13. 2. 37. München 1937.

Schmalzl: Schutz des Privatgeheimnisses. Erlangen. Diss. 1926.

Schmidt, Hans: Der Schutz des Privatgeheimnisses nach dem Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919. Bonn. Diss. 31. 7. 23.

Schubart: Aerztliche Schweigepflicht und Offenbarungseid. DJZ. 1914, 822.

Schütze: Wie hat sich der Strafverteidiger zu verhalten, wenn ihm sein Klient ein Geständnis abgelegt hat, dieses aber in der Hauptverhandlung nicht wiederholt, vielmehr seine Täterschaft leugnet? JW. 1029/34.

Schultz: Die Kollision der Anmeldepflicht und der Schweigepflicht der Rechtsanwälte und Notare. JW. 1916/32.

Schultze: Der Verteidiger. Deutsches Recht. Berlin 1935.

Schumacher: Das ärztliche Berufsgeheimnis. 1931.

Seeliger, Ulrich: Der Verrat von Privatgeheimnissen durch den Arzt zur Wahrnehmung berechtigter Interessen nach Reichsstrafgesetzbuch und den Entwürfen. Freiburg. Diss. 2. 10 30.

Seréxhe: Die Verletzung fremder Geheimnisse. Karlsruhe. 1906

Seybold-Hornig: Die Reichsnotarordnung vom 13. 2. 37. Leipzig. 1937.

Spahlinger: Die Wahrheitspflicht des Rechtsanwalts im Strafprozeß. JW. 1317/34.

Spengler, Alexander: Die Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht nach Deutschem und Schweizerischen Recht in rechtsvergleichender Darstellung.
Spohr: Schweigepflicht des Arztes. Aerztliche Sachverständigen-Zeitung 315 37.
Stangl, Christian: Der Geheimnisbruch durch Rechtsbeistände. § 300 StGB. Erlangen.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung. (Jude.)
Stemberg: Der Strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses nach geltendem Recht und nach den neuen Entwürfen. Tübingen. 1932.
Stut: Das ärztliche Berufsgeheimnis. Jena. Diss. 28.
Vargha: Die Verteidigung in Strafsachen, historisch und dogmatisch dargestellt. Wien. 1879.
Weiß, Erich: Die Schweigepflicht des Rechtsbeistandes. Leipzig. Diss. 25. 10. 27.
Weizmann, Hans: Das Berufsgeheimnis. Breslau. Diss. 28. 2. 03.
Wenger: Das Recht der Griechen und Römer. 1914.
Wolff: Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses. Abh. 1908, Heft 86.
Zacharias, Heinrich: Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen. Würzburg. Diss. 11. 2. 26.
Zschock, Walter: § 300 StGB. Rostock. Diss. 27. 7. 03

I. Einleitung.

Der § 300 ist von jeher Gegenstand von Diskussionen gewesen. Seit der Jahrhundertwende sind von medizinischen Kreisen immer wieder Angriffe gegen den § 300 vorgetragen worden. Diese Angriffe richteten sich gegen die starre Fassung des § 300 StGB., welche es dem Arzte zu offenbaren verbot, selbst wenn er damit einer höheren sittlichen Pflicht genügen wollte.

Für die Aerzte und Apotheker sind in der Reichsärzteordnung vom 13. Dezember 1935 und in der Reichsapothekerordnung vom 18. April 1937 neue Bestimmungen geschaffen worden, die für diese Personenkategorien den § 300 StGB. außer Kraft setzen.

Für die übrigen im § 300 genannten Berufsklassen, vorzugsweise für Rechtsanwälte und Verteidiger in Strafsachen, kann die durch den § 300 festgesetzte Schweigepflicht nicht mehr als eine unbedingte bezeichnet werden. Hierzu hat die seit dem nationalsozialischen Umbruch eingetretene Aenderung unseres Rechtsdenkens wesentlich beigetragen. Man ist davon ausgegangen, daß in gewissen Fällen der Staat ein höheres Interesse an der Offenbarung des Geheimnisses als an dessen Bewahrung hat. Gerade für den Verteidiger bestehen neben der Schweigepflicht eine Reihe anderer Pflichten, welche im Zusammentreffen mit der Schweigepflicht Pflichtenkollisionen erzeugen können. Ueber diese Frage ist in den letzten Jahren eine Fülle von Schrifttum entstanden, welches in dieser Arbeit des Näheren gewürdigt werden soll.

II. Der Strafverteidiger.

Verteidiger in Strafsachen sind zur Abwehr eines vom Staate zur Vergeltung für verübte Verbrechen erhobenen Strafanspruches bestellte oder gewählte Personen.[1] Wer Verteidiger sein kann, bestimmt § 138 ff. StGB. 138 besagt folgendes:

Zu Verteidigern können die bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwälte sowie die Rechtslehrer an deutschen Hochschulen gewählt werden.

Andere Personen können nur mit Genehmigung des Gerichts und, wenn der Fall einer notwendigen Verteidigung vorliegt und der Gewählte nicht zu den Personen gehört, welche zu Verteidigern bestellt werden dürfen, nur in Gemeinschaft mit einer solchen als Wahlverteidiger zugelassen werden.

Die Bestellung eines Verteidigers erfolgt nach § 140 StPO.; bei notwendiger Verteidigung und in verschiedenen Fällen auf Antrag oder von Amts wegen nach § 141 StPO. In erster Linie können als Verteidiger natürlich die in dem betreffenden Gerichtsbezirk zugelassenen Rechtsanwälte bestellt werden. Dies wird in der Praxis meistens der Fall sein, zumal bei einem Rechtsanwalt in der Führung der Geschäfte einer Verteidigung eine ungleich größere Uebung vorausgesetzt werden kann als bei einem sonstigen Rechtskundigen, der nur gelegentlich zur Verteidigung herangezogen werden wird. Nach § 144 StPO. Abs. 1 und 2 können aber auch Justizbeamte, welche nicht als Richter angestellt sind, sowie solche Rechtskundige, welche die vorgeschriebene erste Prüfung für den Justizdienst bestanden haben, als Verteidiger bestellt werden. Referendare werden wohl nur in Einzelfällen zu Ausbildungszwecken mit der Uebernahme einer Verteidigung betraut werden. Mit der Uebernahme einer rechtlich schwierig gelagerten Verteidigung wird ein Referendar im allgemeinen nicht betraut werden können, weil der Klient ihm nicht das erforderliche Maß an Vertrauen entgegen bringen wird, welches in jedem Falle Voraussetzung eines gedeihlichen Zusammenarbeitens zwischen dem Verteidiger und dem Klienten sein wird; fehlt das Vertrauen, so wird die Verteidigung zu einer leeren Form werden.

1. Gransee a. O. S. 34. So definiert Gransee den Verteidigerbegriff.

Der Referendar wird demnach die Verteidigung nur in rechtlich einfach gelagerten Fällen übernehmen können.

Der Vorsitzende des Gerichts wählt den zu bestellenden Verteidiger aus; im vorbereitenden Verfahren der Amtsrichter. Mit Genehmigung des Gerichts können außer Rechtsanwälten, Justizbeamten und Referendaren andere Personen als Wahlverteidiger zugelassen werden. Auch Frauen und Ausländer können zugelassen werden. Liegt der Fall einer notwendigen Verteidigung vor, so kann die als Wahlverteidiger zugelassene Person, wenn sie weder Rechtsanwalt, Justizbeamter oder Referendar ist, nur in Gemeinschaft mit einer dieser unter diese Kategorien fallenden Personen als Wahlverteidiger zugelassen werden.

Der Tatbestand des § 300 StGB. ist nur dann gegeben, wenn das Geheimnis kraft Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut ist. Deshalb können sich nur diejenigen der oben genannten Personen des Geheimnisverrats strafbar machen, welche Verteidiger kraft Amtes oder Gewerbes sind. Bei den bestellten Verteidigern, Anwälten, Justizbeamten und Referendaren ist immer einer der drei Begriffe anzuwenden. Ebenso bei den gewählten Verteidigern, soweit sie Rechtsanwälte, Hochschullehrer und Referendare sind. Zweifelhaft ist es nur bei den anderen Personen, die gemäß § 138 Abs. 2 StPO. zugelassen werden. Nach Ohlshausen[2] ist die Verteidigung in Strafsachen ein öffentliches Amt. Dieser Ansicht dürfte beizutreten sein. Jede Person wird in dem Augenblicke, in welchem sie zum Verteidiger gewählt wird, mit einem öffentlichen Amt bekleidet. Als Trägerin dieses öffentlichen Amtes wird die Person dann in dem Strafprozeß als Verteidiger tätig. Die Gegenmeinung nimmt an, daß es sich bei der Verteidigung um eine reine Privatangelegenheit handele, die lediglich zu Gunsten des Klienten erfolge.[3] Sie verkennt jedoch, daß der Verteidiger, der zur Mitwirkung bei der Findung des Rechtes berufen ist, gegebenenfalls auch Handlungen vorzunehmen hat, die nicht unbedingt zu Gunsten des Klienten erfolgen, sondern die sich aus seiner Verpflichtung ergeben, an der Aufklärung des Sachverhalts nach jeder Richtung, sowie an der Klärung der gesamten Tatumstände mitzuarbeiten. Es ist nicht ersichtlich, warum der Verteidiger im Zusammenwirken mit Richter und Rechtsanwalt bei der Findung des Rechtes, welche beide ja kraft Amtes tätig werden, gewissermaßen als ein privatrechtlicher Parteivertreter tätig werden

2. Olshausen, a. a. O. Bd. 2, S. 1679.
3. Gransee, a. a. O. S. 34.

sollte.[4] Diese Ansicht ist für den Verteidiger, der gleichzeitig Anwalt ist, im Vorspruch der Reichsrechtsanwaltsordnung in den Worten niedergelegt: „Sein Beruf ist kein Gewerbe, sondern Dienst am Recht." Entsprechend kann dieser Grundsatz auch auf die Verteidiger, die nicht Rechtsanwälte sind, angewandt werden.

Eine andere, die Amtsstellung des Verteidigers ablehnende Ansicht geht dahin, für die Frage, ob die Tätigkeit des Verteidigers als Amt betrachtet werden könne, spiele die Tatsache keine Rolle, daß die ordnungsgemäße Führung einer Verteidigung in zweiter Linie auch im öffentlichen Interesse liege.

Ein „Amt" setze immer die Uebertragung hoheitsrechtlicher Befugnisse voraus, es könne sich also bei der Verteidigung nie um ein Amt im staatsrechtlichen Sinne handeln. Selbst wenn man auf Grund der Vorschrift des § 31 Abs. 2 RRAO. die Anwaltschaft als persönliches Amt betrachtet, so könne diese Auslegung nicht auf andere Personen ausgedehnt werden, die nicht Anwälte oder Rechtslehrer an an Hochschulen sind.[5]

Diese Ansicht ist m. E. nicht zutreffend. Allen Verteidigern, auch wenn sie als Wahlverteidiger weder Rechtsanwälte noch Hochschullehrer sind, sind gewisse Befugnisse übertragen, wie beispielsweise das Recht auf Akteneinsicht und Protokollvorlage gemäß § 147 StPO., weiter das Recht zur Zeugnisverweigerung und ferner der unbedingte Anspruch auf Anwesenheit nach § 193 StPO., während das Recht des Beschuldigten auf Anwesenheit gesetzlich beschränkt ist.[6] Hierdurch dürfte dargetan sein, daß allen Strafverteidigern eine Fülle von Befugnissen eingeräumt worden ist, die ihnen eine Vertrauensstellung schaffen und die die Voraussetzung dafür bilden, daß man die Stellung des Verteidigers als Amt bezeichnen kann.

Einen Stand von Verteidigern kennt das deutsche Recht nicht. Eine berufsständische Zusammenfassung, etwa gleich der der Rechtsanwälte, fehlt.[7]

Eine Verteidigung kraft Gewerbes gibt es nicht. Weder ist die Verteidigung an und für sich eine Gewerbetätigkeit, noch kann die Verteidigung kraft des Gewerbes geführt werden.[8] Die Ansicht, daß die Frage, ob die Verteidigung kraft des Gewerbes geführt werde,

4. Anders Deschl, a. a. O. S. 22, Gransee a. a. O. S. 34, 35.
5. Götz a. a. O. S. 14.
6. § 193 IV. StPO.
7. Ebenso Götz S. 14.
8. Anderer Ansicht Gransee a. a. O. 35, Götz a. a. O. 14.

als Tatfrage nur bei dem einzelnen Fall entschieden werden könnte, ist abzulehnen. Die Stellung eines Verteidigers mit einem Gewerbe zu identifizieren, dem die Idee einer entgeltlichen Leistung wesenseigen ist, würde mit dem Berufsethos des Verteidigers unvereinbar sein. Dem Verteidiger ist im Rahmen der Rechtsordnung eine hohe Aufgabe zugewiesen, der das Wesen des Gewerbes durchaus fremd ist.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß auch die Verteidiger nach § 138 Abs. 2 StPO. als Verteidiger kraft Amtes der Schweigepflicht nach § 300 StGB. unterfallen. Die stärkste Grundlage für diese meine Ansicht bietet das Gesetz selbst. Das Gesetz spricht im § 300 nur von der Schweigepflicht der Verteidiger im allgemeinen und schafft eine Ausnahme für die Wahlverteidiger. Hätte der Gesetzgeber die Wahlverteidiger von der Schweigepflicht ausnehmen wollen, so würde er wahrscheinlich eine entsprechende gesetzliche Bestimmung geschaffen haben. M. E. unterfallen demnach alle Verteidiger in Strafsachen der Schweigepflicht des § 300.[9]

Die für den Verteidiger nach § 300 normierte Schweigepflicht beginnt für den bestellten Verteidiger mit der Bestellung durch das Gericht; für Wahlverteidiger mit dem Zeitpunkt der Bestätigung durch das Gericht. Die Verteidigereigenschaft endet mit der Beendigung des Prozesses, genauer mit der Beendigung der Strafvollstreckung, bei Zurücknahme der Bestellung oder bei Niederlegung des Mandats. In Bezug auf die ihm während der Dauer der Verteidigereigenschaft anvertrauten Geheimnisse ist der Verteidiger auch nach Beendigung seines Mandats.

Die Strafprozeßordnung kennt eine Interessenwahrnehmung des Beschuldigten außer durch Verteidiger auch durch andere Personen, wie durch Beistände nach § 149 StPO. Diese Personen besitzen keine Verteidigereigenschaft im Sinne des § 300 StGB.

Das Gesetz dehnt die Verschwiegenheitspflicht auch auf die Gehilfen des Verteidigers aus. Gehilfe eines Verteidigers ist derjenige, welcher bei einem Verteidiger zur Mithilfe bei der Berufstätigkit angestellt ist.[10] Unter der Gehilfentätigkeit bei einem Strafverteidiger werden Dienste verstanden, die gerade seiner Tätigkeit als Verteidiger zu gute kommen sollen. Ist der Verteidiger ein Anwalt, so wird insbesondere darunter das Büropersonal zu verstehen sein, also

9. So Ranno a. a. O. S. 66, Stemberg a. a. O. S. 22, Götz a. a O. 14.
10. Stangl, a. a. O.

die Stenotypistin, die Bürolehrlinge, der Bürovorsteher. Dagegen wird die Reinemachefrau, die das Büro säubert, und der Kraftfahrer, der den Wagen des Verteidigers fährt, nicht die Gehilfeneigenschaft haben, da beide nicht Dienste leisten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Tätigkeit ihres Dienstherren stehen.

Für die Gehilfeneigenschaft ist der Wert der geleisteten Dienste gleichgültig. Das von Götz[11] gebrachte Beispiel, daß einem Rechtslehrer an einer Hochschule, der einem Anwalt für einen Prozeß ein Gutachten liefert, Gehilfeneigenschaft unterstellt, ist m. E. jedoch nicht zutreffend, und zwar dann nicht, wenn es sich bei dieser Hilfeleistung um eine einmalige handelt, denn die Gehilfeneigenschaft hat eine immerhin längere Zeit dauernder Anstellung zum Zwecke der Mithilfe der Berufstätigkeit bei einem Strafverteidiger zur Voraussetzung.[12] Gehilfe eines Verteidigers ist schließlich auch der Referendar, der dem Verteidiger in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt Hilfe leistet, sei es zu seiner eigenen Ausbildung, sei es als Nebentätigkeit. Gehilfe ist auch der Anwaltsassessor.

Ebenso wie der Verteidiger, sind auch dessen Gehilfen nur schweigepflichtig, wenn ihnen die Privatgeheimnisse kraft Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind.

Zu denen, welchen ein Geheimnis kraft Standes anvertraut wird, gehört der Referendar oder der Anwaltsassessor, zu der Kategorie von Gehilfen, welcher kraft Gewerbes anvertraut wird, gehört das Büropersonal. Wenn die Hilfeleistung nur gelegentlich erfolgt, ist die Gehilfeneigenschaft nicht begründet, gleichgültig, ob diese Tätigkeit entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt; erfolgt sie über einen längeren Zeitraum, aber unentgeltlich, und gehört die hilfeleistende Person nicht zu den Kategorien der Gehilfen kraft Amtes oder Standes, so entfällt auch hier die Gehilfeneigenschaft. So wird wohl auch die Ehefrau eines Strafverteidigers, die ihrem Gatten Schreibarbeiten erledigt, wohl nie Gehilfe im Sinne des § 300 sein.[13]

Die Schweigepflicht des Gehilfen überdauert das Gehilfenverhältnis; demnach hat der Gehilfe des Strafverteidigers über die ihm während der Dauer des Anstellungsverhältnisses anvertrauten Geheimnisse auch dann noch zu schweigen, wenn das Gehilfenverhältnis beendet ist.

---

11. Götz, a. a. O. S. 16.

12. So Leipziger Kom. Anh. 2 zu § 300.

13 So auch im Ergebnis, aber mit anderer Begründung: Sauter a. a. O. S. 92, Frank a. a. O. V. zu § 300, Götz a. a. O. 17.

Wird jedoch einem Gehilfen nach Beendigung seines Gehilfenverhältnisses ein Geheimnis anvertraut, so ist er hierfür nicht schweigepflichtig. Dies gilt besonders für die Fälle, in denen einem Gehilfen ein Geheimnis in der irrtümlichen Meinung, er sei noch Gehilfe, anvertraut wird.

Die dem Strafverteidiger auferlegte Schweigepflicht steht mit der Stellung des Strafverteidigers im Rechtsleben und der historischen Wandlung des Strafverteidigertums in einem engen inneren Zusammenhang. Erst am Beginn der Neuzeit entwickelte sich aus dem damaligen Advokatentum eine der heutigen ähnelnde Stellung des Strafverteidigers und aus dieser Stellung heraus die Diskretionspflicht.

Zwar kannte schon das römische Recht die Schweigepflicht; in den Stellen, die zur Nachweisung dessen herangezogen werden sollen, stellt sich jedoch die Verletzung der Diskretionspflicht nicht als Verletzung einer scharf abgegrenzten strafrechtlichen Norm dar. Ferner kann es zweifelhaft sein, ob aus dem für das römisch rechtliche Sachwaltertum normierten Zeugnisverweigerungsrecht auf eine Diskretionspflicht dieser Person geschlossen werden kann.

Jedoch erst den Ordnungen des Reichskammergerichts blieb es vorbehalten, die Rechte und Pflichten des Strafverteidigers klar und eindeutig abzugrenzen, für ihn eine Schweigepflicht zu normieren und die Grundlage für die heutige Stellung des Strafverteidigers zu bieten. Mit dem Verfall des Reichsrechts unter den Partikulargewalten konnte sich auch die dem Strafverteidiger durch das Reichsrecht eingeräumte Stellung mit den sich hieraus ergebenen Rechten und Pflichten nicht erhalten. Der Zweck der folgenden kurzen Zusammenstellung soll es sein, die Aenderungen des Strafverteidigerbegriffs und den Einfluß der Verteidigerstellung auf die Diskretionspflicht aufzuzeigen.

Die historische Entwicklung des Verteidigerbegriffs.

Die Ausgestaltung der Stellung des Verteidigers war zum großen Teil zu allen Zeiten durch die Entwicklung des materiellen Strafrechts bedingt. Der Satz „Nulla poena sine lege" war dem römischen, ebenso dem griechischen Recht fremd. Abgesehen von den kornelischen und julischen Strafgesetzen, welche an die Namen Sullas, Cäsars und Oktavians anknüpfen, fehlt es von der Zeit des Gesetzes

der zwölf Tafeln bis zur Gesetzgebung Justinians an eigentlichen Strafgesetzen. Im übrigen wurde ad exemplum legis gestraft.[14]

Das Verfahren selbst war bis zur Kaiserzeit ein mündlich öffentlicher Anklageprozeß. Das Verfahren unterlag dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung. Für die Person des Anklägers ist die frühere Zeit des Volksprozesses und die spätere des Quästionsprozesses zu unterscheiden. In der Zeit des Volksprozesses mußte der Ankläger eine Magistratsperson sein; im Quästionsprozeß konnte jeder Vollbürger auftreten. Die Verteidigungsreden, die in dieser Zeit gehalten wurden, befaßten sich mangels geschriebenen Rechts weniger mit der Würdigung der Tatumstände nach rein rechtlichen Gesichtspunkten; vielmehr waren die Verteidiger bemüht, die ganze Persönlichkeit des Angeklagten in ein günstiges Licht zu stellen und solcher Art die Urteilsfindung in einem für den Angeklagten günstigen Sinne zu beeinflussen.[15] Für die Verteidiger der damaligen Zeit war dieses Amt oftmals nur das Sprungbrett zu einer politischen Laufbahn. Nach der damaligen Auffassung mußte jeder Politiker durch diese Schule gehen.

Bei den Verteidigern unterscheidet man drei verschiedene Gruppen, die sogenannten Patroni, Advokati und Laudatores. Sowohl die Advokati als auch die Laudatores waren lediglich Beistände der Partei. Die Laudatores waren gewissermaßen Leumundszeugen, d. h. sie äußerten sich nicht zu der Tat als solcher, sondern sie nahmen nur zu der Person des Angeklagten Stellung, wobei sie bemüht waren, durch Hervorhebung etwaiger sonstiger Verdienste des Angeklagten die Gemeinschädlichkeit der Handlungsweise des Angeklagten zu verneinen. Die Laudatores konnten ihre Stellungnahme nicht nur mündlich vor Gericht, sondern auch schriftlich bekunden. Die Advokati wurden vor Gericht oftmals gar nicht tätig, sie halfen dem Angeklagten nur durch ihre persönliche Anwesenheit vor Gericht, und brachten allein durch ihre Anwesenheit als hochgestellte und geachtete Bürger ihre Anteilnahme für den Angeklagten gegenüber dem Gericht zum Ausdruck. Die eigentlichen Verteidiger des vorkaiserlichen Rom waren nur die Patroni, sie allein hielten die Verteidigungsrede, brachten die Beweisanträge und führten die Fürsprache.

14. Irrtümlich Nicolai JW. 33 — 2315, ebenso preußische Denkschrift Natsoz. Strafrecht S. 127. Zutreffend Dams JW. 34/207 vergl. auch Klee, Strafe ohne geschriebenes Gesetz, DJZ. 34/639 ff. Demnach stammt der Satz: „Nulla poena sine lege" aus England.

15. Das Recht der Griechen und Römer. 1914. S. 281.

Den Verteidigern der römischen Republik galt ihr Amt als ein hohes Ehrenamt. Auch im Volk nahmen sie einen sehr geachteten Rang und Stand ein; durch die Lexi Cincia 204 v. C. war ihnen die Annahme eines Honorars verboten. Späterhin, besonders in der Kaiserzeit, wurde dieses Verbot jedoch bald durchbrochen und man legte dies Verbot dann so aus, daß es nur für die Honorare gelte, die vor der Verhandlung gezahlt seien. Durch die fortschreitende Ausgestaltung des materiellen Strafrechts wurde dann die Verteidigung insofern wesentlich eingeengt, als es nicht mehr darauf ankam, das Schwergewicht der Verteidigung auf die Hervorhebung der persönlichen Verdienste des Angeklagten um Volk und Staat zu legen, sondern vielmehr darauf, die Tat des Angeklagten unter rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen.

Eine Aenderung und Verschlechterung der Stellung des Verteidigers bedingte auch die Tatsache, daß das Strafverfahren der römischen Kaiserzeit nicht mehr in der akkusatorischen Form geführt wurde, sondern nach und nach in die inquisitorische Form sich wandelte. War der Richter früher Unparteiischer zwischen dem Ankläger und dem Verteidiger gewesen, so war der Richter jetzt im Inquisitionsprozeß des kaiserlichen Rom selbst Ankläger. Dadurch wurde naturgemäß nicht nur die Stellung des Angeklagten wesentlich verschlechtert, sondern auch die des Verteidigers wurde eingeengt. Der erwachende autoritäre Staatsgedanke der zweiten Periode der römischen Kaiserzeit äußerte sich auch auf dem Gebiete der Strafrechtspflege insofern, als von seiten der Justizbehörden sich ein gewisses Mißtrauen gegen die freie Advokatur bemerkbar machte. Beamten war die Uebernahme eines Mandats als Verteidiger überhaupt verboten. Zwar durfte der römische Bürger noch eine Verteidigung übernehmen, aber das Dekorum der Verteidigung als eines Ehrenamtes war ein für allemal dahin. Die letzte Stufe der Entwicklung in der Richtung der weitmöglichen Ausschaltung der freien Advokatur war die Einführung des Instituts des beamteten Verteidigers. Diese Verteidiger unterstanden der Disziplinargewalt der Behörde und waren dem numerus clausus unterworfen, während andere Verteidiger bei den Gerichten überhaupt nicht mehr zugelassen wurden.

Im kanonischen Prozeß wurden die Rechte des Verteidigers tunlich gewahrt. Der Defensor, wie der Verteidiger des Angeklagten im kanonischen Prozeß heißt, hatte z. B. in dem ganzen Verfahren ein Recht auf Akteneinsicht. Die grundsätzliche Form des kanonischen Prozesses war der Akkusationsprozeß. Diese Form ist von

Innocenz III., welcher als Reformator des kanonischen Kriminalprozesses bezeichnet wird, als „modus procedendi ordinarius" anerkannt worden. Später, als neben dem Anklageverfahren das Inquisationsverfahren eingeführt wurde, war man bestrebt, die Rechte des Verteidigers möglichst zu schützen.[16] Später jedoch, unter der Herrschaft der Ketzerprozesse, verfiel die Stellung des Verteidigers jedoch vollends. Das Verfahren war streng geheim, weder hatte der Verteidiger ein Recht auf Akteneinsicht, noch hatte er überhaupt irgend einen Einfluß auf den Gang des Verfahrens bis zur Hauptverhandlung, noch erfuhr er die Namen der Belastungszeugen. Die Beweisaufnahme stand weitgehend, besonders in den späteren Ketzerprozessen, unter dem Zeichen der Tortur, welche dem Verteidiger jedes Mittel, Einfluß auf das Beweisverfahren zu nehmen, aus der Hand nahm.

Im germanischen Prozeß sind die Vorgänger des Strafverteidigers die sogenannten Eideshelfer, etwa analog den Laudatores des römischen Prozesses. Die Eideshelfer waren die Sippengenossen des Schwurpflichtigen. Der Angeklagte konnte sich sowohl durch den eigenen Eid von dem Verdacht einer strafbaren Handlung reinigen, als auch durch den Genosseneid, d. h. durch den Eid seiner Sippengenossen. Die Eideshelfer bekräftigten durch ihren Eid ihre Ueberzeugung von der persönlichen Ehrenhaftigkeit des Angeklagten. Sie waren also keine Zeugen im heutigen Sinne, ihr Eid war also kein Zeugeneid, da sie ja keine selbstbeobachteten Tatsachen bekundeten. Sie schworen, als Sippen- und Fehdegenossen des Angeklagten, daß sein Eid rein und unmein sei. In der späteren germanischen Zeit entwickelten sich die einzelnen Volksrechte und mit ihnen auch das Institut des Verteidigers. Wir finden den Verteidiger in den salischen Gesetzen mit der Bezeichnung causatores, bei den Westgoten unter der Bezeichnung patrocinantis, während das langobardische Recht von reclamatores spricht. In den Capitularien der fränkischen Könige finden wir das Institut des Verteidigers unter der Bezeichnung Clamatoris. Im späteren Mittelalter war durch den Sachsenspiegel und ähnliche Rechte eine neue Rechtsentwicklung angebahnt. Es finden sich dort die Bezeichnungen Ferendarii, Procuratoris, Advokati. Es finden sich auch in diesen Rechten für den Verteidiger deutsche Bezeichnungen: nämlich Fürbringer, Fürleger, Fürsprecher, Vorsprecher, Vorredner. Die Bezeichnung Anwalt

16. Lobe JW. 26 2725.

stammt aus dem 16. Jahrhundert, während die Berufsbezeichnung Rechtsanwalt im Schrifttum wohl erstmalig bei Heinrich von Kleist auftritt.[17])

Während im Anfang ihrer Entwicklung die Tätigkeit der Rechtspersonen vor Gericht keine berufliche war, sondern nur gelegentlich geübt wurde und infolgedessen mehr als Liebhaberei der besseren Stände galt und infolgedessen auch nicht vergütet wurde, hörte mit der später erfolgenden Bildung eines Berufsstandes die früher auch ohnehin nicht immer gewahrte Unentgeltlichkeit der Inanspruchnahme eines Rechtsbeistandes auf. Man kam davon ab, die Tätigkeit als ehrenamtliche zu behandeln und entwickelte einen berufsmäßigen Sachwalterstand, den man mit dem Namen Advokatus belegte. Schon die Stadtrechte von Lübeck aus dem Jahre 1240 und von Hamburg aus dem Jahre 1270 enthalten eine Art Gebührenordnung für die Vorsprecher. Auch das Berliner Schöffengericht, das auf dem Sachsenspiegel beruht, erwähnt berufsmäßige Vorsprecher.

Diese später erfolgende Zulassung des Honorars für die Fürsprechertätigkeit zeitigte damals mancherlei Auswüchse und führte zu einer Herabwürdigung der Fürsprechertätigkeit. Der Fürsprecher bedurfte zum Auftreten vor Gericht der richterlichen Erlaubnis.

Die Karolina von 1532 regelte das Strafrecht, das sich nach der Rezeption der fremden Rechte unter Vermischung mit dem Deutschen Recht herauskristallisiert hatte, für das ganze Reich. Infolge ihrer salvatorischen Klausel galt die Karolina den Partikularrechten gegenüber nur subsidiär. Sie nahm in ihren Bestimmungen gegenüber dem Verteidiger eine tolerante Haltung ein, und bestimmte u. a. im Artikel 88 „vom Fürsprechen": Item Klägern und Antwurtern sol jedem Teyl auff seyn begeren ein Fürsprech aus dem Gericht erlaubt werden.

Durch die Rezeption des kanonischen Inquisitionsgrundsatzes in die Karolina verloren jedoch die Verteidiger bald jeden Einfluß. Der Schwerpunkt des Prozesses, nämlich Verteidigung und Beweisaufnahme erfolgten schriftlich und geheim. Nach der karolinischen Zeit wurden Ankläger und Richter in einer Person vereinigt. Damit fiel auch das äußere Gewand des Anklageprozesses.

Die Partikulargesetzgebung schloß den Verteidiger von der Untersuchung völlig aus. Weder ihm noch dem Angeklagten gewährte sie das Recht der Akteneinsicht.

17. Noack, RRAO. S. 21.

Din Gesetzgebung Friedrichs des Großen setzte an die Stelle der freien Advokaten beamtete Assistenzräte. Diese waren fest besoldet. Die Institution der Assistenzärzte hatte sich niemals bewährt. Die Parteien hatten zu den ihnen zugewiesenen Assistenzräten kein Vertrauen, da sie durch deren enge beamtenmäßige Bindung an das Gericht abgeschreckt wurden, sich ihnen anzuvertrauen.

Die Nachfolger dieser Assistenzräte waren die Justizkommissare. Auch diese waren zwar Beamte, und zwar solche, die aus der früheren Advokatur hervorgegangen waren; sie waren jedoch auf Gebühren angewiesen. Zunächst wurden sie nur in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und als Notare tätig, später wurden sie jedoch an bestimmten Gerichten und in bestimmter Anzahl zugelassen und erlangten im Jahre 1807 ihre eigene Standesaufsicht. Im Jahre 1849 — in demselben Jahre fielen in Preußen auch die letzten Reste des Inquisitionsprozesses — erhielten die Justizkommissare die Berufsbezeichnung „Rechtsanwälte".

III. Die historische Entwicklung des Deliktes des Geheimnisbruches.

Die historische Entwicklung des Deliktes des Geheimnisbruches.

Schon im römischen Recht finden sich greifbare Ansätze einer Schweigepflicht der mit der Wahrnehmung von Rechtsangelegenheiten beschäftigten Personen.[1] Es ist zu mutmaßen, daß auch in älteren Rechten sich schon solche Bestimmungen finden, die eine Schweigepflicht der Rechtspersonen normieren. Die Schweigepflicht der mit der Heilpflege befaßten Personen ist jedenfalls viel älteren Datums. Es findet sich eine Bestimmung darüber im alt-indischen Schrifttum schon etwa 800 v. Chr., am Beginne der sogenannten brahmanischen Periode, im viel zitierten Ayur-Veda des Charaka.[2] Daß sich eine Geheimnispflicht der Rechtspersonen erst viel später entwickelte als eine solche der Heilpersonen, mag daran gelegen haben, daß die Personen der Rechtspflege sich erst viel später berufsständisch zusammenschlossen als die Aerzte, und daß sie von Berufes wegen erst in den letzten Jahrhunderten tätig wurden, während der Beruf des Arztes, sofern er nicht im Altertum ausschließlich der Priesterschaft vorbehalten war, Jahrtausende alt ist.

Jedenfalls findet sich bei Ulpian[3] schon eine Stelle, nach welcher derjenige, welcher vertragsgemäß die Aufbewahrung eines fremden Testamentes übernommen hatte, mit der actio-iniuriarum aestimatoria belangt werden konnte, wenn er den Inhalt des Testamentes offenbarte. Sie lautet:

Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legerit, ait Labeo depositi actione recta de tabulis agi posse. Ego arbitror et iniuriam agi posse, si hoc animo recitatum et testamentum quibusdam praesentibus, ut iudicia secreta eius, qui testatus est, divulgarentur.

Diese Bestimmung findet sich in 1. 41, pr. D. 9, 2 in folgender Fassung:

1. Finger, a. a. O. S. 302 ff.
2. Placek, S. 95 a. a. O., Stemberg a. a. O. S. 9.
3. Ulpian, L. 1. S. 38.

Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legerit utilius est (sc. quam ex lege Aquilia vel actione depositi) in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta judiciorum publicavit.

Aus der Tatsache, daß dem Testator diese Ansprüche gegen den Verwahrer des Testamentes nur dann zustanden, wenn dieser das Testament „iniurae faciendi causa" d. h. in einer die Mißachtung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck bringenden Weise — nämlich durch Mißachtung des Willens des Testators — öffnete, will Stangl[4] schließen, daß die Actio iniuriarum aestimatoria nicht aus dem Gesichtspunkt der Verletzung eines Geheimnisses, sondern aus dem Gesichtspunkt der Mißachtung der fremden Persönlichkeit gegeben sei.[5]

M. E. läßt sich dies aber nicht belegen. Die enge Abgrenizung strafrechtlicher Tatbestände, wie wir sie in unserem StGB. haben, war dem römischen Rechte fremd. Die oben genannte Vorschrift läßt sich jedenfalls ohne weiteres für die Geschichte der Schweigepflicht der Rechtspersonen heranziehen, wenn man unterstellt, daß es üblich gewesen sei, Testamentsurkunden bei Advokaten zu deponieren. Dies kann hier durch Gesetzesstellen nicht belegt werden, es dürfte jedoch als feststehend anzusehen sein.

Ein eigentliches Delikt des Geheimnisbruches ist auch dem kanonischen Recht fremd.[6] Anders Sauter, der der Ansicht ist, daß das kanonische Recht die Schweigepflicht der Sachwalter vor Gericht nach römischem Muster anerkannt habe.

Es finden sich hier immerhin 2 Stellen, die das Verbot der Abjegung eines Zeugnisses vor Gericht für die Sachwalter begründen, die der 1 . 22. D. 22. 5. des römischen Rechts entlehnt sind und den § 52 Abs. 1 Satz 2 und 3 der StPO. ähneln. Bei dieser Zuwiderhandlung gegen die angeführten Bestimmungen ist den Sachwaltern kein Rechtsnachteil angedroht.

Die Stellen lauten:

Can. 3. S. 19. Causa IV. quaest. 2 und 3
Patroni quoque in causa cui patrocinium praestant, testimonium non dicant, quod etiam in executoribus negotiorum observandum est.

---

4. Stangl, a. a. O. S. 5.
5. Anders Sauter a. a. O. S. 8.
6. Sauter, a. a. O. S. 10.

und im Cap. 3. VI, II. 10:

> in appelationis causa is, qui appelantis procurator vel advocatus in priori iudicio fuerat, non recipiatur in testem.

Die germanischen Völker kannten in ihrem Rechtsleben keine Schweigepflicht der Rechtspersonen. Das Fehlen des Advocaturgeheimnisses erklärt sich aus der anders gearteten Stellung, die die Verteidiger im germanischen Prozeß — Vorsprecher etc. — einnahmen. Sie waren wohl Vertreter ihrer Partei; sie übten jedoch ihr Amt als Ehrenamt nur im Interesse der Rechtsfindung, nicht zugunsten des Angeklagten aus. In diesem Sinne wäre die Erfüllung seines Amtes dem Vorsprecher nicht möglich gewesen, wenn er zur Geheimnisbewahrung gesetzlich verpflichtet gewesen wäre.

Der Beginn der Neuzeit brachte eine vollkommen veränderte und der unseren angepaßte Auffassung von dem Wesen der Advokatur und des Strafverteidigertums mit sich, und mit dem Aufblühen dieser Berufe auch eine Festlegung ihrer Berufspflichten.

So finden wir in der Reichskammergerichtsordnung von 1495, § 6 für die Procuratoren — in diese und in die Advokaten zerfiel das Sachwaltertum — folgenden Eid:[7]

> Item, die Redner die das Gericht zu solchem Ambt aufnympt, sollen verständig seyn, und unser königlichen oder Kaiserlichen Meyestak, oder dem Kammerrichter, so sy dye Partheyen, der Sachen zu handeln sie annemen, in denselben Sachen, mit gantzen und rechten Treuen meinen, und solch Sachen nach ihren besten Verständnis, den Partheyen zu gut, mit Fleiß fürbringen und handeln, und darinnen wissentlich keinerley falsch oder unrecht gebrauchen, oder gevärlich Schub und Dilacion zur Erlangung der Sachen suchen, und des die Parthey zu thun oder zu suchen mit underweyssen, auch mit den Partheyen keynerley Vorgeding oder Vorwort machen, ein teil von der Sach, der sye eyn rechter Redner sind, zu haben oder zu warten, auch heimlichkeyt und Beheif, so sye von den Partheyen empfahlen, oder Underrichtung der Sachen, die sye von yn selbst mercken werden, yrer Partheyen zu Schaden nyemand offenbaren.

---

7. Sammlung der Reichsabschiede II/7.

In § 7 ist derselbe Eid für die Advokaten normiert:

> Item solcher Maß sollen auch die Advokaten schweren, yhren Partheyen zum rechten getrewlich zu raten und zu handeln, mit vernerm Anhang obschriben Eydes, so vil sy auch beruren mag.

Beide Eide finden sich in der Reichskammerordnung von 1583 und in der Augsburger von 1555 wieder.[8]

Auch für das Gehilfenpersonal der Anwaltschaft finden sich bereits im 16. Jahrhundert Vorschriften, welche ein Schweigegebot zum Inhalt haben. Für das Gehilfenpersonal bestimmt § 93 des Reichstagsabschiedes von 1566:[9]

> Als denn bey der weilen ein Prokurator dem anderen sein Substituten absetzt, dadurch er seiner Partheyen Gegentheilen, Heimlichkeit zur Zeiten erlernet, so sollen die Prokuratores ihre Substituten, die sie annehmen, gebührlicher Weise astringieren, da sie von ihnen abweichen, und in andere Dienste sich begeben, die Geheimnissen der Partheyen Rechtfertigung, die sie bey ihnen erlernet haben, zu verschweigen und weiter nichts zu offenbaren. Wo sich auch in dem ein Prokurator von wegen seines abziehenden Substituten beschwert befinden würde, soll der selbige ihn, für Cammer-Richter und Beysitzern Rechtsgewärtig seyn. Und dieweil auch die Erfahrung giebt, daß die Sollicitatoren, indem sie über die Prokuratoren Protokolle lauffen, der Partheyen Geheimnussen dadurch erlernen, so sollen die Substituten fürbaß solche Sollicitatores über die Protokolle zu geben mit nichten gestatten, sondern sollen dieselben, was sie bey den Substituten zu verrichten in der Audientz thun und fürnehmen.[10]

Zu dem Gehilfenpersonal gehörten vor allem die in der oben zitierten Stelle genannten Substituten. Diese nehmen sowohl die Stelle eines Bürovorstehers ein, als auch waren sie zur Vertretung des Anwaltes vor Gericht zugelassen.[11]

In der Folgezeit war die Weiterbildung des Strafrechts den Partikulargewalten überlassen. Es ist nun eigenartiger Weise in diesen

---

8. Sammlung der Reichsabschiede III/81.
9. Sammlung der Reichsabschiede III/227.
10. Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, 1905, S. 149 ff., Sauter a. a. O. S. 15.
11. Weißler, S. 134.

partikularrechtlichen „Landesordnungen" — wie z. B. die vom Herzog von Württemberg erlassene Landesordnung vom 11. 11. 1621 ein Schweigegebot nicht etwa für Aerzte oder für bestimmte Personen der Rechtspflege normiert, wie wir sie für die Advocatenschaft aus dem Reichsrecht nachgewiesen haben, sondern zunächst lediglich für Hebammen. Sie sei hier zitiert:[12]

> Es sollen auch die Hebammen der presshaften Weiber Krankheiten, Fehl und Mängel nicht offenbar machen, sondern sie vertrucken helfen, auch sich der leichtfertigen Reden, aller abergläubischen Segen und anderer Abgötterung gänzlich enthalten.

Die preußische Medizinalordnung vom 27. 10. 1725 ist die erste landesrechtliche Bestimmung, die sich mit der Schweigepflicht der Aerzte befaßt. Daß nur wenig historisches Material über die gesetzliche Regelung der Schweigepflicht, sowohl der Aerzte als auch der Personen der Rechtspflege, vorhanden ist, läßt sich damit erklären, daß für diese Personenkategorien diese Pflichten schon zu sehr in der Moral ihres Berufes verankert waren, als daß es einer gesetzlichen Regelung bedurft hätte.[13] Dies kann jedoch nicht der eigentliche Grund für das Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung sein; wahrscheinlich erscheint es mir, daß es damals noch nicht als unbedingt notwendig empfunden wurde, daß eine nach heutigen Recht schweigepflichtige Person etwas zu ihrer Kenntnis gelangtes auch geheim hielt.

In der Preußischen Medizinalordnung von 1725 heißt es im Abschnitt: „Von denen Medicis":

> Es sollen die Medici die ihnen heimlich entdeckten Mängel und Gebrechen niemand offenbaren.

Die Hildesheimer Medizinalordnung vom 13. 5. 1782 dehnt diese Geheimhaltungspflicht auch auf die Hebammen[14] aus; die Lippische Medizinalordnung vom 23. 2. 1789 bezieht in den Kreis der schweigepflichtigen Personen auch die Wundärzte[15] Apotheker, deren Provisoren, Gehilfen und Lehrlinge ein und schafft damit die Grundlage für die Bestimmung des § 505[16] des „Neuen allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten" vom 5. 2. 1794:

---

12. Landord. 1621 Titel 52 Nr. 5.
13. So Hippe Goldt. A. Bd. 2, 46, S. 283.
14. Kap. 5 § 12.
15. Abschn. II Kap. 7 § 5.
16. Teil II, Tit. 20, 8. Abschn.

Aerzte, Wundärzte und Hebammen sollen die ihnen bekannt gewordenen Gebrechen und Familiengeheimnisse, insofern es nicht Verbrechen sind, bei Vermeidung einer nach den Umständen zu bestimmenden Geldbuße von 5 bis 50 Thaler niemandem offenbaren.

Bedeutsam an dieser Bestimmung ist nicht nur, daß der Personenkreis dem Medizinaledikt von 1725 gegenüber beträchtlich erweitert ist, sondern daß das Schweigegebot auch für Familiengeheimnisse, nicht nur für beim Kranken entdeckte Mängel galt. Durch diese Erweiterung in doppelter Hinsicht war dem seit dem Medizinaledikt von 1725 entstandenen Bedürfnis auf Ausdehnung des Geheimnisschutzes Rechnung getragen worden.

Das Allgemeine Landrecht sah die Verletzung des Berufsgeheimnisses als Beamtendelikt an, wie aus der Stellung des § 505, im II. Teil, 8. Abschnitt unter der Rubrik: „Von den Verbrechen derer, welche, ohne Officianten zu sein, dem gemeinen Wesen besonders verpflichtet sind", hervorgeht. Hiermit steht aber der ALR. nicht allein; auch einige andere landesrechtliche Strafgesetzbücher sehen den Geheimnisverrat als „Verletzung einer öffentlichen Pflicht" an, so z. B. das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg vom 1. 3. 1839, das Kriminalgesetzbuch für das Königreich Hannover vom 8. 8. 1840, das Kriminalgesetzbuch für das Herzogtum Sachsen-Altenburg vom 3. 5. 1841, das Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen vom 17. 9. 1841, das thüringische Strafgesetzbuch von 1850.[17] In den Strafgesetzbüchern von Oldenburg vom 10. 9. 1841 und von Baden vom 6. 3. 1845 ist die Verletzung des Berufsgeheimnisses als Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes mit Strafe bedroht.

In der Folgezeit blieb es den Partikularstaaten überlassen, das Strafrecht weiter auszubauen. Die Entwicklung des Strafrechts in Preußen, das auf dem „Allgemeinen Landrecht" als Grundlage fußte, führte zu einer Reihe von Strafgesetzbuchentwürfen. Diese ersten vier Entwürfe, die aus den Jahren 1828, 1830, 1833, 1836 stammen, folgen in ihrer Systematik der des „Allgemeinen Landrechts" und unterstellen das Delikt des Geheimnisbruches dem Titel „Verbrechen der Beamten". In den beiden folgenden Entwürfen von 1843 und 1845 ist der Geheimnisverrat dem Titel „Verbrechen der Gewerbetreibenden" unterstellt.

17. Vergl. Sauter a. a. O. S. 22, Wolff, a. a. O. S. 18 ff.

Praktische Bedeutung haben eigentlich nur die Entwürfe von 1846, 1847 — der sogenannte 8. Entwurf — und der von 1850 gewonnen; der Entwurf von 1850 besonders deshalb, weil aus ihm das „Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten" hervorgegangen ist. Der Entwurf von 1850 versuchte, eine Strafvorschrift gegen die Geheimnisverletzung ganz allgemeiner Natur zu erlassen und bestimmte:

> Medizinalpersonen und deren Gehilfen, sowie alle Personen, welche Geheimnisse veröffentlichen, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, werden mit Geldbuße bis zu 500 Thalern oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Eine Anlehnung an den Artikel 378 des Code pénal von 1810 ist hier nicht zu verkennen. Der damalige Justizminister von Savigny hob hervor, daß sich diese Fassung im wesentlichen der entsprechenden Bestimmung des Rheinischen Rechts angleiche:

> Les médicins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages — femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession des secrets, qu'on leur confie, qui hors les cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront rélevé ces secrets, seront punis . . .

Die Bestimmung des § 378 des Code pénal ist unter der Bezeichnung „Entdeckung von Geheimnissen" dem Kapitel von Beleidigungen angehängt, wie auch der 7. und 8. Entwurf zum StGB. für die Preußischen Staaten den Geheimnisbruch unter dem 10. Titel „Verletzung der Ehre" bringt.

Der § 194 des Entwurfs von 1850 erhielt nach mehreren Veränderungen als § 155 in dem letzten Entwurf folgenden Wortlaut:

> Medizinalpersonen und deren Gehilfen, sowie alle Personen, welche unbefugterweise Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, werden mit Geldbuße bis zu 500 Thalern oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Zur Begründung dieser Fassung führen die Materialien an:[18]

> Die Kommission der II. Kammer endlich hat, um auszudrücken, daß hier nur von solchen Geheimnissen die Rede sei, an deren Bewahrung Privatpersonen Interesse haben, diesel-

18. Goltdammer, Materialien S. 327 ff.

ben als Privatgeheimnisse qualifiziert, und sie hat statt „veröffentlichen" wie es der Entwurf von 1850 hatte, gesetzt „unbefugterweise offenbaren", um teils nicht das Kriterium des § 152[19] hineinzuziehen, teils aber anzudeuten, daß hier Fälle ausgeschlossen seien, wo eine gesetzliche Verpflichtung zur Mitteilung auch anvertrauter Geheimnisse eintritt. Zu beachten ist die Beschränkung auf solche Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes das Geheimnis anvertraut ist. Dies setzt also ein Anvertrauen bei der Ausübung oder zum Zwecke der Ausübung des Amtes usw. voraus. Gemeint sind hier außer den Beamten hauptsächlich die Geistlichen, Aerzte, Advokaten, Hebammen, Apotheker usw.

Daß hier die culpa nicht gestraft werde, folgt aus der Fassung und aus der Stellung der Vorschrift unter denen über die Beleidigung. Daß aber der dolus, also die vorsätzliche Offenbarung noch eine besondere Absicht zu schaden fordern, läßt sich, wie auch bei der Injurie, nicht behaupten.

Das „unbefugterweise" sieht nicht allein die Fälle vor, wo eine gesetzliche Verpflichtung zur Offenbarung eintritt, sondern auch die, wo die Genehmigung zur Offenbarung von seiten des Anvertrauenden hinzutritt."

In der gleichen Fassung, wie oben, ging die Bestimmung über den Geheimnisbruch als § 155 in das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten vom 14. 4. 1851 über, und zwar erschien es dort unter dem Titel „Verletzungen der Ehre".

In dem „Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund" vom 25. 5. 1870 erscheint dann die Vorschrift des § 155 unter veränderter Systematik, nämlich unter dem Titel „Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse" als § 296, aber nicht unter Erweiterung der Personenkategorien, wie die Motive erklären.[20] Im Gegenteil liegt eine weitgehende Einschränkung der Personenkategorien vor,[21] da nur gewisse Personen der Rechts- und Heilpflege in Betracht gezogen werden:

Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Aerzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie

19. Oeffentliche oder schriftliche Beleidigung.

20. Mot. zum Entwurf des STGB. für den Norddeutschen Bund, Berlin 1869, S. 179.

21. Olshausen, § 300, N 4. Günther, a. a. O. S. 13, Anm.

die Gehilfen dieser Personen werden, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes, oder Gewerbes anvertraut sind, mit Geldstrafe bis zu 500 Thalern oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Am 15. 5. 1871 entstand das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. Der § 296 wurde, bis auf das Strafmaß unverändert, unter dem gleichen Titel als § 300 übernommen und erhielt folgenden Wortlaut:

Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Aerzte, Wundärzte und Hebammen, Apotheker, sowie die Gehilfen dieser Personen werden, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Es sollen jetzt noch in aller Kürze die nach dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches gemachten Reformvorschläge und Entwürfe behandelt werden.

Bald nach dem Inkrafttreten des RSTGB. regte sich die Kritik, die bezüglich des Deliktes des Geheimnisbruches besonders von medizinischer Seite voran getrieben wurde. Besonders wurde die mangelnde Abgrenzung der strafbaren Tatbestände geltend gemacht und die Forderung erhoben, die Norm des § 300 auch auf alle anderen Berufsgruppen auszudehnen, die vermöge ihrer beruflichen Tätigkeit von geheimzuhaltenden Tatsachen Kenntnis erlangen.

In dem Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1909 enthält der 21. Abschnitt — über Ehrverletzungen und Verletzung fremder Geheimnisse — unter § 268 folgende Bestimmung über den Geheimnisbruch:

Personen, die zur Ausübung der Heilkunde, Geburtshilfe, Krankenpflege, des Apothekergewerbes oder zur Beratung oder Vertretung in Rechtsangelegenheiten oder zur Beurkundung von Rechtsgeschäften öffentlich bestellt oder zugelassen sind, sowie die Gehilfen dieser Personen werden mit Geldstrafen bis zu 2000 Mark oder mit Haft oder Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Berufes anvertraut oder zugänglich geworden sind. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Bemerkenswert ist an diesem Entwurf, daß er die Grenze der schweigepflichtigen Personen weiter zieht, sodann, daß die Schweigepflicht sich nicht nur auf die anvertrauten, sondern auch auf die sonst zugänglich gewordenen Geheimnisse erstreckt. In der Begründung zu dem Entwurf ist hierzu ausgeführt, daß von einem „Anvertrauen" nicht gesprochen werden könne, wo die Vertrauensperson aus den ihr vorgelegten Tatsachen auf andere zu schließen in der Lage sei, die der Geheimnisträger selbst nicht kennt, oder die er zwar kennt, aber nicht mitteilen will. Allein der Zusatz „oder zugänglich geworden" bedeutet keine Aenderung, da nach geltendem Recht die Fälle, in denen ein Geheimnis zugänglich geworden ist, als „anvertraut" geachtet werden. Hingewiesen sei noch auf die Erweiterung des Strafrahmens in dem Entwurf, die darauf schließen läßt, daß man der Wahrung des Berufsgeheimnisses nunmehr eine höhere Wertschätzung entgegen brachte.

Im Jahre 1911 erschien zu dem Entwurf von 1909 ein Gegenentwurf, der von Kahl, Liszt und Lilienthal herausgegeben war. Im Bezug auf die Wahrung des Berufsgeheimnisses enthält dieser Entwurf in § 291 folgende Bestimmung:

> Personen, die zur Ausübung eines Berufes oder Gewerbes öffentlich bestellt oder ermächtigt sind, sowie Gehilfen dieser Personen, werden mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 5000 Mark bestraft, wenn sie Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen in oder bei Ausübung ihres Berufes oder Gewerbes anvertraut oder zugänglich gemacht worden sind.
>
> Dieselbe Strafe trifft die, die nach dem Tode der in Absatz 1 genannten Personen die Verfügung über deren in Ausübung ihres Berufes oder Gewerbes gemachte Aufzeichnungen erlangen, wenn sie daraus Privatgeheimnisse offenbaren. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.
>
> Hat der Täter eine Pflicht zu erfüllen, oder ein öffentliches oder sein oder eines Dritten berechtigtes Interesse zu wahren beabsichtigt, so bleibt die Handlung straflos.

In diesem Entwurf ist fast jedes Tatbestandsmerkmal grundlegend geändert. Die Zahl der schweigepflichtigen Personen, die schon im Entwurf von 1909 dem geltenden Recht gegenüber beträchtlich erweitert worden war, wird hier geradezu unübersehbar. Bemerkenswert ist dieser Entwurf insofern, als er als erster an Stelle des Wortes „unbefugt" das Moment der der Geheimnisbewah-

rung entgegenstehenden Interessen bringt, freilich das Moment der Interessenabwägung vollkommen außer Acht läßt.

In den Jahren 1911—1913 wurde von einer besonderen Kommission ein neues Strafgesetzbuch entworfen. Der in ihm enthaltene § 354 geht bezüglich der Deliktssubjekte wieder auf die Fassung des Vorentwurfs von 1909 zurück und gibt damit die allgemeine Berufsschweigepflicht, wie sie der Entwurf Kahl von 1911 wollte, wieder auf. Neu ist an diesem Entwurf, daß er das Moment der Abwägung kollidierender Interessen in den Tatbestand hineinbringt. Der Entwurf lautet:

> Mit Gefängnis oder Einschließung bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe werden bestraft:
>
> 1. Personen, die zur Ausübung der Heilkunde, der Geburtshilfe, des Apothekergewerbes, oder zur Beratung oder Vertretung in Rechtsangelegenheiten oder zur Beurkundung von Rechtsgeschäften öffentlich bestellt oder zugelassen sind,
> 2. deren berufsmäßige Gehilfen,
> 3. berufsmäßige Krankenpfleger,
>
> die ein Privatgeheimnis, das ihnen kraft ihres Berufes anvertraut oder zugänglich gemacht worden ist, ohne besondere Befugnis offenbaren. Die Offenbarung ist nicht rechtswidrig, wenn sie zur Wahrnehmung berechtigter privater oder öffentlicher Interessen erforderlich war, vorausgesetzt, daß dabei die sich gegenüberstehenden Interessen pflichtmäßig berücksichtigt worden sind.
>
> Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

Auch bezüglich der Gehilfen sind die Grenzen dem Kahlschen Entwurf von 1911 gegenüber insofern enger gezogen, als nur die berufsmäßigen Gehilfen von der Schweigepflicht erfaßt werden sollen. Nach der Begründung[22] soll auch als Gehilfe anzusehen sein, wer zu seiner Ausbildung Dienste leistet. Ob die Dienste mit oder ohne Entgelt geleistet werden, soll unerheblich sein.

Des Vergleichs wegen sei nunmehr der § 287 des Vorentwurfs zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch von 1916 herangezogen, der folgenden Wortlaut hat:

> 1. Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, Aerzte, Apotheker, Gehülfen solcher Personen oder Hebammen,

22. Begründung zum E. 13, S. 297.

welche ein Geheimnis offenbaren, das ihnen zufolge ihres Berufes anvertraut wird, oder das sie bei der Ausübung ihres Berufes wahrnehmen, werden auf Antrag mit Gefängnis oder mit Buße bestraft.

Ebenso werden bestraft Medizin Studierende, die Geheimnisse offenbaren, die sie in ihrem Studium wahrnehmen.

Die Pflicht der Geheimnisbewahrung besteht auch nach der Beendigung der Berufsausübung oder der Studien.

2. Ist die Offenbarung mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt, oder war sie zur Wahrung eines höheren Interesses notwendig, so bleibt der Täter straflos.

Interessant ist hier besonders der im Absatz 2 ausgesprochene Gedanke der Interessenabwägung, der der Bestimmung des Absatz 3 der § 354 des Kommissionsentwurfes 1913 ähnelt.

Der Weltkrieg hatte die Arbeiten an der Neuordnung des Strafrechts zunächst unterbrochen, jedoch konnte ein neuer Entwurf zum STGB. schon im Jahre 1919 veröffentlicht werden.

Die Bestimmung über den Geheimnisbruch lautet als § 355:

Ein Beamter, der ohne besondere Befugnis ein Privatgeheimnis offenbart, das ihm kraft seines Amtes anvertraut oder zugänglich geworden ist, wird mit Gefängnis oder Einschließung bis zu 6 Monaten oder Geldstrafe bestraft.

Ebenso werden Personen bestraft, die berufsmäßig die Heilkunde, die Geburtshilfe, die Krankenpflege oder das Apothekergewerbe betreiben oder in Rechtsangelegenheiten beraten, vertreten oder verteidigen, sowie ihre berufsmäßigen Gehilfen, wenn sie ohne besondere Befugnis ein Privatgeheimnis offenbaren, das ihnen kraft ihres Berufes oder ihrer Beschäftigung anvertraut oder zugänglich geworden ist.

Die Offenbarung ist nicht rechtswidrig, wenn sie zur Wahrnehmung berechtigter privater oder öffentliche Interessen erforderlich war, vorausgesetzt, daß dabei die sich gegenüberstehenden Interessen pflichtmäßig berücksichtigt sind. Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

Im Gegensatz zum Kommissionsentwurf 1913, der die öffentliche Bestellung oder Zulassung der schweigepflichtigen Personen, mit Ausnahme der Krankenpfleger voraussetzt, geht der Entwurf von 1919 — wie wir sehen werden, auch der Amtliche Entwurf 1925 — von diesem Erfordernis wieder ab. Danach sind also z. B. auch

Rechtsagenten und Winkeladvokaten schweigepflichtig, sofern sie ihre Tätigkeit berufsmäßig ausüben.

Ferner sind in diesem Entwurf die Beamten als schweigepflichtige Personen erwähnt. Es ist lediglich aus dem Geist der Zeit heraus zu erklären, daß man für die Beamten eine strafrechtliche Norm bezüglich der Schweigepflicht im Rahmen einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung zu schaffen gedachte.

Der amtliche Entwurf von 1925 hat im § 293 folgenden Wortlaut:

> Wer ohne besondere Befugnis ein Privatgeheimnis offenbart, das ihm bei berufsmäßiger Ausübung der Heilkunde, der Krankenpflege, der Geburtshilfe oder des Apothekergewerbes oder bei berufsmäßiger Beratung, Vertretung oder Verteidigung in Rechtsangelegenheiten kraft seines Berufes anvertraut oder zugänglich geworden ist, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bestraft.
>
> Den Personen, die den Beruf selbständig ausüben, stehen ihre berufsmäßigen Gehilfen sowie die Personen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen.
>
> Wer ein Geheimnis zur Wahrnehmung eines berechtigten privaten oder öffentlichen Interesses offenbart und dabei die einander gegenüberstehenden Interessen pflichtmäßig abgewogen hat, ist nicht strafbar. Die Tat wird nur auf Antrag des Verletzten verfolgt.

Der Entwurf von 1925 hat, ebenso wie der Entwurf zum schweizerischen Strafgesetzbuch von 1916 und, wie wir sehen werden, der Entwurf von 1927, in einem besonderen Absatz auch die Personen der Schweigepflicht unterstellt, die „zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen". Damit werden namentlich Studenten der Medizin erfaßt, aber auch Rechtsstudenten. Ferner ist in diesem Entwurf der Gedanke der „Interessenabwägung" zum ersten Male ausgesprochen.

Im Jahre 1927 wurde ein weiterer Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches ausgearbeitet; in der Fassung der ersten Lesung des Strafrechtsausschusses, welche am 21. 2. 30 beendet wurde, ist die Bestimmung über den Geheimnisschutz als § 325 dem 24. Abschnitt „Beleidigung und Verletzung fremder Geheimnisse" unterstellt worden. Der Entwurf 27 kehrt wieder zur kasuistischen

Aufzählung der Deliktssubjekte zurück. Diese Fassung bedeutet gegenüber dem unübersehbaren Kreis der schweigepflichtigen Personen — besonders gegenüber dem Kahlschen Entwurf — eine Einschränkung auf das notwendige Maß, für welches in der Praxis ein Bedürfnis vorhanden ist.[23]

Ferner führt der Entwurf 1927 den Gedanken der Interessen- und Güterabwägung, der sich schon im Absatz 3 § 293 E. 1925 ausprägt, weiter durch. Das was im E. 1925 über den Begriff der pflichtmäßigen Abwägung der gegenüberstehenden Interessen ausgeführt ist, entspricht einer erweiterten Auslegung des Notwehr- und Notstandsbegriffes und kommt der Definition des „übergesetzlichen Notstandes" nahe.

Der Entwurf 1927 geht nun insofern noch einen Schritt weiter, als er verlangt, daß das gefährdete Interesse nicht auf andere Weise als durch Offenbarung gewahrt werden kann und das gefährdete Interesse überwiegen muß.[24] Weiter bringt der Entwurf 27 noch insofern im Absatz 4 eine Neuerung, als er die Geheimnispreisgabe gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einem anderen einen Vorteil unrechtmäßig zu verschaffen oder einem anderen Nachteil zuzufügen, strafschärfend wertet.

Die Bestimmung über den Geheimnisbruch lautet im Entwurf 27 als § 325:

> Wer unbefugt ein Privatgeheimnis offenbart, daß ihm bei berufsmäßiger Ausübung der Heilkunde, der Krankenpflege, der Geburtshilfe oder des Apothekergewerbes oder bei berufsmäßiger Beratung, Vertretung oder Verteidigung in Rechtsangelegenheiten kraft seines Berufes anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bestraft.
>
> Den Personen, die den Beruf selbständig ausüben, stehen ihre Gehilfen und Personen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen.
>
> Der Täter ist straffrei, wenn er ein solches Geheimnis zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart, das nicht auf andere Weise gewahrt werden kann, und wenn das gefährdete Interesse überwiegt.
>
> Wer ein Geheimnis der im Absatz 1 erwähnten Art gegen Entgelt oder in der Absicht offenbart, sich oder einem anderen

23. Vgl. Begründung E. 1927, S. 325.
24. Vgl. JW 1932/3041, 1932/3324.

unrechtmäßig einen Vorteil zu verschaffen oder jemand einen Nachteil zuzufügen, wird mit Gefängnis bestraft. Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt.

Nach dem nationalen Umbruch wurden von einer amtlichen Strafrechtskommission die Arbeiten an einem neuen Deutschen Strafgesetzbuch wieder aufgenommen. Diese Arbeiten führten im Jahre 1935 für das Delikt des Geheimnisbruches zu einer Bestimmung, die im Rahmen des Entwurfes dem Abschnitt „Geheimnisschutz" als § b untergeordnet wurde.

Ueber die besonderen Eigenheiten dieser Bestimmung ist folgense zu sagen: Der Entwurf hält an der kasuistischen Erfassung der Deliktssubjekte fest. Er tritt aber insofern in die Fußtapfen der Entwürfe 1919, 1925 und 1927, als er den Rahmen der Deliktssubjekte sehr weit zieht. Es wären also, was ich schon bezüglich des Entwurfes 1919 betont habe, u. a. auch Winkeladvokaten und Prozeßvertreter schweigepflichtig. Es ist nicht einzusehen, daß es dem beruflichen Ansehen der Anwaltschaft besonders zuträglich sein soll, wenn einem Prozeßagenten, der auf Grund mangelnder Vorbildung gar nicht dasselbe leisten kann wie ein Anwalt, auch die Schweigepflicht auferlegt wird, die doch zu allererst eine Ehrenpflicht ist. Diese Ehrenpflichten wie gerade die Schweigepflicht schaffen Vertrauensstellungen, und es ist leicht erklärlich, wenn es heute schon manchen naiven Leuten schwer fällt, einen Rechtsanwalt und einen Prozeßagenten auseinanderzuhalten. Ich bin der Ansicht, daß es bezüglich der Personen der Rechtspflege zweckmäßig wäre, an der Regelung des geltenden Rechtes festzuhalten. Wegen der Einbeziehung sämtlicher Personen der Heilpflege in die Schweigepflicht ist ja die Problemstellung auch eine ganz andere.

Neu aufgenommen in die Reihe der Deliktssubjekte ist der Wirtschaftsprüfer (Absatz 1). Ferner ist im Absatz 3 eine Sonderregelung getroffen worden, nach der Beamte oder Angestellte einer Gesundheitsbehörde oder einer Beratungsstelle für Geschlechtskranke ebenfalls der Schweigepflicht unterworfen werden.

Anders als das geltende Recht und die Entwürfe spricht der Entwurf 34 nicht von einem „Privatgeheimnis", sondern von einem „fremden Geheimnis". Nach der Begründung des Entwurfes soll damit zum Ausdruck gebracht werden, daß nicht nur private Tatsachen des täglichen Lebens, sondern überhaupt alle Tatsachen Geheimnisse sind, an deren Bewahrung ein anderer Interesse hat.[25] Im

25. Karl Schäfer, Das kommende Deutsche Strafrecht, S. 442.

Schrifttum zu der Bestimmung des geltenden Rechtes ist allerdings der Begriff „Privatgeheimnis" sehr weit ausgelegt worden. Man hatte den Begriff „Privatgeheimnis" nur geschaffen, um die Tatsachen der privaten Sphäre von denen der öffentlichen Sphäre trennen zu können.[26]

Durch die Bestimmung der Strafbarkeit der Geheimnisoffenbarung nach dem Tode des Geheimnispflichtigen wird eine nach geltendem Recht bestehende Lücke geschlossen (Absatz IV).

Gegenüber der Bestimmung des Entwurfes 27 ist die Vorschrift über die Pflichtabwägung nicht wesentlich geändert. Ferner ist die Vorschrift über die Offenbarung gegen Entgelt oder in gewinnsüchtiger Absicht fast wörtlich aus dem Entwurf 1927 übernommen worden.

Die Bestimmung des § b lautet:

Verrat fremder Geheimnisse.

Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm bei berufsmäßiger Ausübung der Heilkunde, der Krankenpflege, der Geburtshilfe oder des Apothekergewerbes oder bei berufsmäßiger Ausübung der Beratung, Vertretung oder Verteidigung in Rechtsangelegenheiten oder der Tätigkeit als Wirtschaftsprüfer anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Haft bestraft.

Den Personen, die den Beruf selbständig ausüben, stehen ihre berufsmäßig tätigen Gehilfen und die Personen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen.

Ebenso wird bestraft, wer als Beamter oder Angestellter einer Gesundheitsbehörde oder einer Beratungsstelle für Geschlechtskranke unbefugt offenbart, was ihm über die Krankheit eines Anderen oder über die persönlichen Verhältnisse des Kranken dienstlich bekannt geworden ist.

Die gleiche Strafe trifft den, der nach dem Tode des zur Wahrung des fremden Geheimnisses Verpflichteten das von dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlaß erlangte Geheimnis unbefugt offenbart.

Eine unbefugte Offenbarung liegt nicht vor, wenn der Täter ein solches Geheimnis zur Erfüllung einer sittlichen oder recht-

---

26. Siehe unter IVa der Arbeit.

lichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck offenbart und wenn der dadurch entstehende Schaden geringer ist als der bei Nichtoffenbarung drohende.

Hat der Täter das Geheimnis gegen Entgelt oder in der Absicht geoffenbart, sich oder einem anderen unberechtigt einen Vorteil zu verschaffen oder jemand Nachteil zuzufügen, so ist die Strafe Gefängnis. Der Verletzte muß gehört werden, bevor über die Verfolgung entschieden wird.

Wie wir anhand der verschiedenen Entwürfe gesehen haben, hat sich in der Rechtslehre, ausgehend von der starren Schweigepflicht, der Gedanke der Rechtmäßigkeit der Offenbarung bei Vorliegen eines höherwertigen, zugunsten der Offenbarung sprechenden Interesses immer mehr Bahn gebrochen.

Interessant ist es, festzustellen, wie im Rechtsleben der fremden Staaten der Geheimnisbruch strafrechtlich beurteilt wird. Die meisten Staaten, und zwar gerade die, bei denen die Idee der Bindung an eine Gemeinschaft besonders ausgeprägt ist, haben den Gedanken der Pflichtenabwägung in ihre strafrechtliche Bestimmung über den Geheimnisbruch aufgenommen. Einzelne Staaten haben wieder eine strikte Schweigepflicht, während es bei anderen an einer entsprechenden Bestimmung überhaupt fehlt. Anhand einer Zusammenstellung soll dies in Kürze aufgezeigt werden:

Dem Strafgesetzbuch der Union der Sozialistischen Sowjet-Republiken von 1928 ist eine Bestimmung über die berufliche Schweigepflicht fremd. Ebenso kennt das Norwegische Strafgesetzbuch von 1912 keinen Schutz des Berufsgeheimnisses. In den Vereinigten Staaten von Nordamerika besteht ein Berufsgeheimnis nur für die Anwälte, welche sich in Form eines Zeugnisverweigerungsrechts vor Gericht ausdrückt. Aehnlich ist es in England. Für Aerzte besteht keine Schweigepflicht, sondern nur den Rechtswahrern ist die Wahrung des Berufsgeheimnisses zur Pflicht gemacht. Auch das Griechische Recht kennt keinen einheitlichen Schutz des Berufsgeheimnisses. Wohl ist es Geistlichen, Anwälten und sonstigen Gerichtsbeiständen gestattet, vor Gericht das Zeugnis über Berufsgeheimnisse zu verweigern. Eine moderne Regelung des Berufsgeheimnisses findet sich in Artikel 254 des neuen Polnischen Strafgesetzbuches von 1932:

§ 1: Wer seiner Pflicht zuwider ein Privatgeheimnis offenbart, das er im Zusammenhang mit der Ausübung seines

Berufes oder einer öffentlichen Funktion kennen gelernt hat, wird . . . . bestraft.

§ 2: Diese Straftat kan sich auch eine bei der Ausübung des Berufes oder der öffentlichen Funktion beschäftigte Hilfsperson zu schulden kommen lassen.

§ 3: Keine Straftat liegt vor, wenn die Offenbarung des Geheimnisses mit Rücksicht auf begründete öffentliche oder persönliche Interessen erfolgt.

§ 4: Die Strafverfolgung tritt auf Antrag des Verletzten ein.

Der französische Code pénal hat, wie wir oben gesehen haben, eine absolute Gestaltung der Schweigepflicht. Im Gegensatz dazu steht der belgische Code pénal von 1876, in dessen Artikel 458 Zeugenaussagen vor Gericht und Anzeige gemeingefährlicher Verbrechen erlaubt sind. Die Bestimmung lautet:

. . . . hors le cas, où ils sont appelés á rendre témoignage au justice et celui où la loi les oblige a faire connaitre ces secrets.

Die meisten Staaten haben in ihren Bestimmungen über den Geheimnisschutz ein dem deutschen „unbefugt" entsprechendes Wort, welches die Möglichkeit einer befugten Offenbarung offenläßt. So z. B. das Strafgesetzbuch für das Kaiserlich Japanische Reich von 1907 im § 134:

Aerzte, Apotheker, Drogisten, Hebammen, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare sowie diejenigen Personen, die eine solche Tätigkeit ausgeübt haben, werden, wenn sie unbefugt ein fremdes Geheimnis, welches ihnen bei ihrer Tätigkeit anvertraut oder zu ihrer Kenntnis gelangt ist, offenbaren . . . ., bestraft.

Ebenso hat das Ungarische Strafgesetzbuch von 1878 in § 328 das Wort unbefugt aufgenommen:

Oeffentliche Beamte, Advokaten . . ., welche ein ihnen kraft Amtes, ihrer Stellung oder ihrer Beschäftigung zur Kenntnis gelangtes, oder anvertrautes, den guten Ruf einer Familie oder einer Person gefährdendes Geheimnis oder begründete Ursache einem Dritten offenbaren, begehen ein Vergehen.

Auch das Türkische Strafgesetzbuch von 1926 hat in den Tatbestand des § 198 das Wort „unbefugt" aufgenommen. Ebenso das Italienische Codice pénale vom 10. 10. 30 im zweiten Buch 12. Titel Cap. III 5. Abschnitt im Artikel 622:

Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o uffizio o della proprio confessione o arte, di un segreto, lo

rivela, senza egiusta causa, ovvrero lo impiega a proprio o altrui proffito, é punito, sa del fatto puo derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno a con la multa da lire trecento a cinque mila.

Bestimmungen über den Geheimnisbruch sind auch in dem Niederländischen Strafgesetzbuch von 1881 Artikel 272, im Portugiesischen Strafgesetzbuch von 1872, Artikel 892, in den Strafgesetzbüchern verschiedener Schweizer Kantone z. B. Genf, Neuenburg, Wallis, Luzern, Bern, Freiburg, Tessin enthalten.[27]

27. Placzek, a. a. O. S. 85.

IV. Die Tatbestandsmerkmale des Geheimnisbruches.

Das geschützte Rechtsgut.

Nicht jede strafrechtliche Norm hat die Aufgabe, ein bestimmtes Rechtsgut zu schützen. In der Norm des § 300 wird man aber ein schutzwürdiges Rechtsgut, also ein Interesse, das dem Gesetzgeber lebenswichtig und wertvoll erscheint, anerkennen müssen. Die herrschende Lehre will die vom Gesetzgeber geschützten Interessen in öffentliche, also dem Staat dienende, oder dem Einzelwesen dienende, also private, Interessen trennen und steht bezüglich des § 300 einhellig auf dem Standpunkt, daß das Interesse an der Geheimnisbewahrung ein Privatinteresse ist, das zuerst das Einzelwesen angeht. Man hat dies aus der Entstehungsgeschichte der Strafnorm, sodann aus der Stellung der Strafnorm im Gesetz, ferner aus dem Antragserfordernis zur Strafverfolgung zu beweisen versucht.

Aus der Stellung der Strafvorschrift im Gesetz läßt sich für die Frage, ob das geschützte Rechtsgut ein solches öffentlicher oder privater Natur sei, nichts beweisen, denn das Strafgesetzbuch ist ein Schulbeispiel dafür, daß öffenltiche und private Interessen dort nicht getrennt sind, wie die Stellung des Hausfriedensbruches unter dem Abschnitt „Vergehen gegen die öffentliche Ordnung" klar beweist.

Aus der Entstehungsgeschichte unserer Strafvorschrift läßt sich entnehmen, daß man den Geheimnisverrat unter die Verletzung der „Ehre" einordnen wollte. Aus den Motiven zu § 296 des Strafgesetzbuchentwurfes für den Norddeutschen Bund geht hervor, daß das Preußische Strafgesetzbuch eine derartige unbefugte Offenbarung unter dem Begriff der Ehrverletzung stellte.[1]

Ein Geheimnisverrat kann auch eine Ehrverletzung enthalten, muß es aber nicht. Viel eher könnte man dem Geheimnisverrat den Vergehen gegen die persönliche Freiheit unterordnen; sowohl behandelt das Italienische „Codice pénale" den Geheimnisverrat unter dem „Titel „delitti contra la libertà" als auch der Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch von 1916. Die Stellung des Ge-

1. Motive im zum Entwurf eines STGB. für den Norddeutschen Bund. S. 296.

heimnisverrats unter den Titel „Vergehen gegen die persönliche Freiheit" ist m. E. richtiger als die Stellung des Geheimnisverrates im RSTGB.; selbst wenn aber der Geheimnisverrat ein Vergehen gegen die persönliche Freiheit ist, kann damit noch nicht gesagt werden, daß die Freiheit ein ausschließlich privates Interesse ist.

Auch aus der Tatsache, daß die Strafverfolgung nach § 300 durch einen Strafantrag ausgelöst wird, kann nicht darauf geschlossen werden, daß es sich bei dem hier verletzten Rechtsgut um ein solches privater Natur handelt. Wenn der Staat es in das freie Ermessen des Einzelnen stellt, ob er einen Strafantrag stellen will oder nicht, so will er dadurch einerseits verhüten, daß Brüche von Geheimnissen verfolgt werden, bei denen nur geringes Interesse an der Geheimnisbewahrung besteht, andererseits will er aber die hierzu berechtigten auffordern, gegebenenfalls den Antrag zu stellen; das Antragsrecht ist nur eine Einrichtung, die sich der Staat geschaffen hat, um eine Kontrolle darüber auszuüben, ob das einzelne Delikt verfolgungswürdig ist oder nicht.[2]

Eine klare Grenze zwischen Interessen öffenlticher und privater Natur zu ziehen, ist überaus schwer, wenn nicht sogar unmöglich. Jedes rechtsschutzwürdige private Interesse ist nämlich in demselben Maße auch ein öffentliches Interesse, d. h., der Staat hat dasselbe Interesse daran, daß z. B. die Freiheit des Einzelwesens geschützt wird, wie das Einzelwesen selbst. Der Staat hat, wenn wir den Geheimnisbruch als Beispiel nehmen wollen, ein Interesse, daß der Anwalt oder der Verteidiger schweigt, um diesen Persönlichkeiten des Rechtslebens vollste Wirkungsmöglichkeit zu gewähren, weil das Wohl der Rechtspflege und damit das Wohl der Gesamtheit davon abhängt. Daß andererseits der Staat in verschiedenen Fällen die Schweigepflicht aufhebt, ist nicht geeignet, das Gegenteil zu beweisen.[3]

Nachdem festgestellt worden ist, daß es unmöglich ist, eine scharfe Trennung zwischen öffentlichen und privaten Interessen durchzuführen, und damit festzustellen, ob der § 300 ein Rechtsgut öffentlicher oder privater Natur schützt, bleibt nachzuweisen, um welches Rechtsgut es sich handelt. Schützt der Staat den Geheimhaltungswillen, das Interesse an der Geheimhaltung, oder das Vertrauen auf das Schweigen der Vertrauensperson?

---

2. Anders Frank a. a. O. S. 133, Schock a. a. O. S. 23, Roth a. a. O. S. 8, 12, 44.

3. So Liebmann a. a. O. S. 26, anders Günther S. 15.

Die Vertrauenstheorie wird insbesondere von Sauter vertreten.[4] Diese Theorie hat ihre Lücken; der Anvertrauende kann gar nicht in allen Fällen auf die Verschwiegenheit der Vertrauensperson „vertrauen", und zwar besonders, was für den Strafverteidiger in Betracht kommt, in dem Fall, daß der Anvertrauende unbewußt dem Verteidiger etwas „anvertraut". Z. B. aus bestimmten Angaben seines Klienten erhält der Strafverteidiger den Eindruck, daß sein Klient eine andere, bisher nicht aufgeklärte Tat begangen habe. Hier kann der Klient gar nicht auf die Verschwiegenheit seines Verteidigers vertrauen, weil er ja gar nicht weiß, daß er etwas anvertraut hat. Ein anderer Fall: in Anwesenheit des Verteidigers wird ein Gefangener untersucht; der Verteidiger nimmt hierbei etwas wahr; hier kann der Gefange gar nichts anvertraut haben, weil das „Anvertrauen" nicht in seinem freien Willen lag. Diese Theorie führt, wie wir sehen, nicht zum Ziele.

Eine weit verbreitete Ansicht hat nunmehr das Schutzobjekt in dem Interesse an der Geheimhaltung gefunden.[5] Man kann auch mit dieser Theorie nicht zu einem befriedigenden Ergebnis kommen, weil es schwer sein wird, dies Interesse festzustellen und abzugrenzen.[6] Ein Geheimhaltungsinteresse, das nicht in den Willen des Geheimnisherrn auf Geheimhaltung seinen Ausdruck erhalten hat, wird deswegen nie feststellbar sein können, weil der Geheimnisherr auf Grund anderweiter Erwägungen ein ebenso starkes oder überwiegendes Interesse an der Offenbarung haben kann.

Danach kann nur das Interesse an der Geheimnisbewahrung wesentlich sein, welches gewissermaßen als Spitze einen auf die Geheimnisbewahrung gerichteten Willen hat. Wo ein Wille vorliegt, wird auch stets ein Interesse vorhanden sein. Ich kann demnach Birkmeyer[7] nicht beipflichten, der als geschütztes Rechtsgut allein den Willen an der Geheimnisbewahrung erklärt; das geschützte Rechtsgut ist dagegen das Interesse an der Geheimnisbewahrung und der Wille zur Geheimnisbewahrung zusammengenommen. Am reinsten ist diese Ansicht von Hälschner[8] zum Ausdruck gebracht worden:

---

4. Ebenso Hippe a. a. O. S. 291, 300.
5. So Liszt S. 318, Mittermayer 205, Wolff 15, 23, Günther 19, Serexhé 62.
6. Götz a. a. O. S. 6.
7. Birkmeyer a. a. O. S. 1178.
8. Hälschner, a. a. O. S. 215.

> Wenn auch durch die Verletzung fremder Geheimnisse nicht notwendigerweise der sittliche Wert der Person angetastet wird, so gibt sich immerhin in derselben eine Mißachtung der Person insofern kund, als sie mit Recht fordern darf, daß auch ihr Wille, etwas als Geheimnis zu bewahren, anerkannt und geachtet und nicht gegen ihren Willen das Interesse, das sie an dieser Bewahrung hat, verletzt wird. Denn wo ein Wille zur Geheimnisbewahrung vorhanden ist, muß dieser Wille immer von einem Interesse diktiert sein.

Nachdem als geschütztes Rechtsgut der Wille und das Interesse an der Geheimnisbewahrung erklärt worden ist, soll nunmehr davon gehandelt werden, was ein Privatgeheimnis ist.

Der Ausdruck „Privatgeheimnis" taucht zum ersten Male in den Verhandlungen der Kommission der zweiten Kammer zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten aus dem Jahre 1850 auf; in den Entwürfen von 1845 und 1847 erscheint der Ausdruck „Persönliche Verhältnisse" und in der ersten Fassung des Entwurfes von 1850 der Ausdruck „Geheimnisse", da man den Ausdruck „Persönliche Verhältnisse" für zu allgemein hielt. Der § 505 des ALR. handelt von Gebrechen und von Familiengeheimnissen. M. E. ist der Ausdruck „Privatgeheimnis" der treffendste.

Der Kommissionsentwurf von 1850 wollte mit der Bezeichnung „Privatgeheimnis" ausdrücken, daß nur solche Geheimnisse von der Schweigepflicht erfaßt werden sollten, an deren Bewahrung Privatpersonen Interesse hätten.[9] Es sollte mit dem Ausdruck „Privat" der Gegensatz zu „staatlich" herausgearbeitet werden. Man wollte den Privatinteressen die Staatsinteressen, dem Staatsgeheimnis das Privatgeheimnis gegenüber stellen. Staatsgeheimnisse sind solche, an deren Bewahrung der Staat als solcher Interesse hat. Es ist natürlich denkbar, daß der Staat, wenn er als privatwirtschaftlicher Unternehmer auftritt und Träger von Privatrechten ist, auch Privatgeheimnisse haben kann, soweit sie sich auf seine privatwirtschaftlichen Unternehmen beziehen. An der Bewahrung dieser Geheimnisse ist dann der Staat wie jeder Privatmann interessiert.

Der Begriff „Privatgeheimnis" ist im Gesetz nicht definiert. Das Reichsgericht[10] hält das Geheimnis für eine Mitteilung oder Wahrnehmung:

---

9. Goltdammer, a. a. O. Teil II S. 327.
10. RGST. 13/60 ebenso 16/6.

Als Privatgeheimnisse müssen solche Wahrnehmungen bezeichnet werden, deren Bekanntwerden nicht im Interesse der betreffenden Personen liegt, vielmehr geeignet ist, deren Ehre, Ansehen oder Familienverhältnisse zu beeinträchtigen oder zu schädigen.

Ein Geheimnis braucht aber weder eine Mitteilung noch eine Wahrnehmung zu sein. Ganz unabhängig davon, ob die Person, welche etwas als Geheimnis behandelt wissen will, dies auch nur einer Person anvertraut oder nicht — deswegen bleibt es doch ein Geheimnis. Es gibt Geheimnisse, die man niemand anvertraut und gerade diese sind die tiefsten.[11] Schon das bloße Vorhaben, ein Geheimnis anzuvertrauen, kann ein Geheimnis sein.[12] Ein Geheimnis ist mithin keine Wahrnehmung, sondern eine Tatsache. Diese Tatsache muß mindestens einer Person bekannt sein. Deshalb ist es m. E. unzutreffend, wenn ein „Privatgeheimnis" als „unbekannte Tatsache" definiert wird.[13] Die Tatsache verliert dann noch nicht ihre Geheimniseigenschaft, wenn sie einem ganzen Personenkreis bekannt ist. Es ist möglich, daß z. B. innerhalb eines großen wirtschaftlichen Betriebes eine Tatsache der gesamten Belegschaft bekannt ist; trotzdem bleibt die Tatsache ein Geheimnis, wenn sie als solches gewahrt werden soll. Es ist allerdings Vorausesetzung für die Geheimniseigenschaft der Tatsache, daß die Mitwisser dieses Geheimnisses einem bestimmten Kreis angehören, innerhalb dessen die Tatsache als Geheimnis bewahrt werden soll.[14] Sobald die Tatsache zur Kenntnis eines Anderen, der diesem Kreis nicht angehört, gekommen ist, ist sie dann kein Geheimnis mehr, wenn dieser Dritte an der Weiterverbreitung der Tatsache interessiert ist. Es ist nicht Voraussetzung der Geheimniseigenschaft einer Tatsache, daß diese nur wenigen Personen bekannt ist.[15] Für das Ende der Geheimniseigenschaften einer Tatsache ist es nicht erforderlich, daß die Tatsache in die Oeffentlichkeit gedrungen ist; es genügt, wie oben ausgeführt, daß das Geheimnis über den nach außen abgeschlossenen Kreis von Menschen an Dritte gelangt ist, die an der Kenntnis dieser Tatsache und an

11. Frank a. a. O. S. 499.
12. Stangl, a. a. O. S. 22.
13. So Friedersdorff a. a. O. S. 23.
14. So auch RGST. 38/302.
15. So Jellinek 664. Anders Frank S. 499, Mittermayer S. 202, Zschock S. 24.

deren Weiterverbreitung ein Interesse haben.[16] Dinge, die authentisch noch nicht in die Oeffentlichkeit gedrungen sind, so daß bei vernünftiger, objektiver Beurteilung keine Zweifel mehr bestehen können, sind noch Geheimnisse.

Ein Vergleich des Begriffs des Privatgeheimnisses mit dem des Staatsgeheimnisses zeigt, daß die Geheimniseigenschaft des Staatsgeheimnisses nicht verloren gegangen ist, wenn ein Unbefugter von dem Staatsgeheimnis Kenntnis erhält. Man wird auch für das Privatgeheimnis sagen können, daß bei Kenntnisnahme eines Dritten die Geheimniseigenschaft dann nicht beseitigt wird, wenn dies Privatgeheimnis für den Dritten offensichtlich wertlos ist, so daß dieser Dritte sich nicht veranlaßt sieht, das Privatgeheimnis für sich verwerten oder weiter zu verbreiten.

Wenn die Möglichkeit besteht, einem größeren, nicht mehr festumgrenzten Personenkreis ein Geheimnis nahe zu bringen, ohne daß diese Personen die Tatsache aufnehmen, geht die Geheimniseigenschaft nicht verloren, was besonders für Gerichtssitzungen praktische Bedeutung hat, in denen das Publikum, sowie die Presse an sich die Möglichkeit hätten, Dinge, die dort zur Sprache kommen, aufzunehmen.[17]

Die Eintragung einer Tatsache in ein öffentliches Register beseitigt die Geheimniseigenschaft derselben.[18] Zu der Geheimniseigenschaft einer Tatsache gehört neben dem objektiven Moment der Nichtoffenkundigkeit der durch das Interesse an der Geheimnisbewahrung ausgelöste Wille auf Geheimnisbewahrung. Das Reichsgericht erachtet in seiner oben zitierten Entscheidung RGST. 13/60 das Interesse als das wesentliche Moment.[19] Das Interesse an der Geheimnisbewahrung kann aber nicht ausreichen, um eine Tatsache zum Geheimnis zu stempeln, weil sich viele Fälle denken lassen, in denen ein Interesse des Anvertrauenden nach außen nicht erkennbar wird, und es den Rahmen des menschlichen Wissens überschreiten würde, aus einer an sich harmlosen Tatsache auf ein solches Interesse zu schließen. Es läßt sich z. B. der Fall denken, daß der Verteidiger von seinem Klienten erfährt, daß er, der Klient, zu einer bestimmten Stunde dort und dort gewesen sei, diese Kenntnis dem

16. Anders das RG.: RGST. 26/5, ferner Olshausen, A 7 zu § 300, Leipz. Kom. A 3 zu § 300, Finger § 358.
17. So RGST. 13/64.
18. Ebenso Hippe Goltdammers Arch. 46, S. 296.
19. RGST. 16/6.

Gericht gegenüber verwertet und durch diese Mitteilung ein Mittel liefert, seinen Klienten einer bisher noch unaufgeklärt gebliebenen Strattat zu überführen.

Zu der Geheimniseigenschaft einer Tatsache gehört als subjektive Seite neben dem Interesse an der Geheimnisbewahrung der Wille auf Geheimnisbewahrung. Dieser Wille wird stets als vorliegend anzusehen sein, wie es den Erfordernissen der Praxis auch am meisten entspricht. Der Klient eines Strafverteidigers wird diesen wohl niemals unter einer ausdrücklichen Schweigeauflage in Anspruch nehmen, sondern stets die Diskretion des Verteidigers für ganz selbstverständlich halten, wobei noch berücksichtigt werden muß, daß der Strafverteidiger mit allen Schichten der Bevölkerung in Berührung kommt und annehmen muß, daß ein großer Teil seiner Klienten in Unkenntnis über die Voraussetzungen der Schweigepflicht des Verteidigers ist.[20]

Der Wille auf Geheimnisbewahrung wird dann nicht mehr als vorliegend angenommen, wenn der Geheimnisgeber in die Offenbarung seines Geheimnisses einwilligt.

Man kan also den Begriff des Privatgeheimnisses unter Berücksichtigung des Willens zur Geheimnisbewahrung als der subjektiven Seite des Begriffs mit Rauno[21] folgendermaßen definieren:

> Ein Privatgeheimnis ist eine Tatsache des Privatlebens, die nur einem Einzelnen oder einer begrenzten Personenmehrheit bekannt ist, und deren Offenkundigkeit der Wille dieser Personen entgegen steht.

Rauno ist der Ansicht, daß der Begriff des Interesses durch den Willen auf die Geheimnisbewahrung konsumiert wird. Da m. E. jedoch ein Wille zur Geheimnisbewahrung ein Interesse an der Geheimnisbewahrung voraussetzt, wäre die Definition etwa so zu ergänzen: . . . und deren Offenkundigkeit das Interesse dieser Personen an der Geheimnisbewahrung und der Wille zur Geheimnisbewahrung entgegen steht".

b) Kraft, Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut.

Das geltende Recht verlangt, daß das Privatgeheimnis dem Täter anvertraut worden ist, während sämtliche Entwürfe einschließlich des Entwurfs 1935 auch Privatgeheimnisse schützen, die dem Täter

20. Siehe auch Finger a. a. O. S. 359.
21. Rauno a. a. O. S. 36.

zugänglich geworden sind. Es sollen damit die Fälle geschützt werden, in denen die Vertrauensperson vermöge ihrer Sachkunde aus den Tatsachen, die ihr vorgelegt werden, auf andere Tatsachen schließt, die der Geheimnisträger selbst zwar kennt, aber nicht mitteilen will. Hier kann man von einem Anvertrauen im eigentlichen Sinne des Wortes kaum reden. Trotzdem muß die Schweigepflicht auch auf solche Tatsachen sich erstrecken, und der Entwurf nennt daher neben den anvertrauten auch die zugänglich gewordenen Geheimnisse.

Dies Anvertrauen bedarf keiner besonderen Form. Es ist zum Begriffe des Anvertrauens nicht notwendig, daß die Mitteilung an die Vertrauensperson unter einer ausdrücklichen Schweigeauflage gemacht wurde. Die Vertrauensperson wird in jedem einzelnen Fall eine stillschweigend gemachte Schweigeauflage annehmen müssen. Wenn es anders wäre, hätte der Strafverteidiger oder eine andere Vertrauensperson bei jeder einzelnen Tatsache, die ihm sein Mandant zur Kenntnis bringt, seinen Mandanten zu fragen, ob die Tatsache als anvertraut gelten solle, d. h., ob er die Mitteilung unter einer Schweigeauflage mache. Das wäre im Rahmen eines lebhaften Meinungsaustausches zwischen Strafverteidiger und Mandant völlig undenkbar, ferner würde es auch insofern zu unliebsamen Konsequenzen führen, weil jeder Volksgenosse voraussetzen wird, daß ein Strafverteidiger kraft seiner Vertrauensstellung in jeder Hinsicht schweigepflichtig ist.[22] Demnach hätte Mittermeiers Ansicht: „Es muß aus der Art des Mitteilens selbst, ohne Rücksicht auf die Art des Mitgeteilten hervorgehen, daß es ein Vertrauliches war",[23] keine Berechtigung.

So wie es einer ausdrücklichen Erklärung der Vertrauensperson gegenüber, daß etwas anvertraut sei und somit als Geheimnis zu gelten habe, nicht bedarf,[24] so wird man doch ohne das Erfordernis einer, wenn auch nur stillschweigenden, Schweigeauflage nicht auskommen.[25]

„Anvertrauen" heißt: zugänglich machen mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Auflage, die zugänglich gemachten Tatsachen geheimzuhalten.[26] Hiernach setzt das Anvertrauen keine Mitteilung an die Vertrauensperson voraus; mithin werden von diesem Begriff auch alle die Fälle umfaßt, in denen nichts mitgeteilt worden ist, sondern

22. Ebenso Götz a. a. O. S. 18. Siehe auch Stangl a. a. O. S. 28.
23. Mittermeier, a. a. O. S. 203.
24. Zschock a. a. O. S. 28.
25. Anders Sauter a. a. O. S. 179, Sérexhé S. 47, Wolff S. 26.
26. RGST. 13/60.

die Vertrauensperson etwas wahrnimmt. Der Strafverteidiger z. B. wird aus diesen Wahrnehmungen Schlüsse ziehen, die entweder für die Beurteilung der Täterpersönlichkeit seines Mandanten oder für die ihm zur Last gelegte Tat von Bedeutung sind.

Es ist z. B. der Fall denkbar, daß der Strafverteidiger, der die zu den Gerichtsakten gezogenen Geschäftsbücher eines wegen Betruges Angeklagten, der sein Mandant ist, einsieht, aus den Büchern die Anzeichen eines weiteren Betruges ersieht. Zweifelsohne hat der Verteidiger auch in diesem Falle zu schweigen.

Gleichgültig, ob dem Verteidiger unter einer stillschweigenden Schweigeauflage etwas mitgeteilt worden ist, oder ob er etwas wahrgenommen hat, — auch im letzteren Falle wird man das Vorliegen einer Schweigeauflage fingieren können —[27] stets wird er gewissenhaft bei jeder Einzelheit zu prüfen haben, ob ein Interesse des Anvertrauenden an der Geheimhaltung einer Tatsache vorliegt. Der Begriff dieser Interessen wird hier sehr weit auszulegen sein. Nicht nur wirtschaftliche Interessen, sondern auch persönliche, Interessen des guten Rufes und der Ehre, ferner des Standes, dem der Anvertrauende angehört, sind hier zu berücksichtigen. Der Verteidiger wird hier nicht schematisch vorgehen können, sondern er wird die Entscheidung darüber, was Geheimnis bleiben muß und was nicht, jedem einzelnen Fall anpassen und weitgehend sein Taktgefühl walten lassen müssen.

Ist er sich darüber klar geworden, daß keinesfalls ein Interesse des Mitteilenden an der Tatsache vorliegt und daß der Geheimnisgeber keinen Wert auf Geheimhaltung legt, so wird er straflos offenbaren können.[28] Er wird sich aber darüber klar sein müssen, daß er auch nur dann offenbart, wenn es das Verfahren fördert oder seinem Klienten nützt.[29]

Auch Geheimnisse, die die Vertrauensperson — Verteidiger etc. — erst auf einem Umweg über Dritte erfahren hat, gelten als anvertraut; z. B. der Verteidiger erfährt durch Angehörige seines Klienten etwas über diesen. Nach dem Wortlaut des § 300 RSTGB. ist es gleichgültig, ob der Geheimnisträger etwas anvertraut, oder ob dies Dritte tun.

Das Gesetz fordert, daß die Geheimnisse „kraft Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut" sein müssen. Das Wort „kraft" wird so

27. Rauno a. a. O. S. 40, ähnlich Wolff a. a. O. S. 51.
28. So Götz a. a. O. S. 19.
29. Siehe unter V der Arbeit.

auszulegen sein, daß das Anvertrauen in ursächlichem Zusammenhang mit der Berufsausübung der Vertrauensperson stehen muß. Der Entwurf von 1934 setzt an die Stelle des Wortes „kraft" „bei berufsmäßiger Ausübung". Man ist bisher bestrebt gewesen, das Wort „kraft" möglichst weitgehend auszulegen; dies hat auch, von der Praxis her gesehen, den Vorteil, daß die Vertrauensstellung z. B. die Vertrauensstellung des Strafverteidigers hierdurch befestigt wird: denn der Klient wird im Laufe einer Aussprache mit seinem Verteidiger öfter dazu kommen, etwa zu sagen, was an sich nicht direkt zur Sache gehört und was bei enger Auslegung des Wortes „kraft" nicht der Schweigepflicht des Verteidigers unterfallen würde.

Maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob eine Tatsache dem Verteidiger kraft Amtes anvertraut ist, ist ausschließlich die von ihm eingenommene Vertrauensstellung. Man wird im allgemeinen sagen können, daß alles, was ihm innerhalb dieser Vertrauensstellung anvertraut worden ist, als kraft Amtes anvertraut zu gelten hat.

In der Literatur herrscht darüber Streit, ob z. B. der Verteidiger auch dann schweigepflichtig ist, wenn er ein Geheimnis nur gelegentlich seiner Berufsausübung erfährt. Finger verneint dies mit der Begründung, daß derjenige, der nicht wolle, daß eine Vertrauensperson wahrnehme, was man verbergen wolle, die Gegenstände etc. vor einer möglichen Wahrnehmung schützen müsse.[30] Es lassen sich aber viele Fälle denken, in welchen der Verteidiger – meistens ganz ungewollt — in die private Sphäre seines Klienten eindringen wird.[31] Es könnte z. B. der Verteidiger seinen Klienten in seiner Wohnung aufsuchen und dort Bücher herumliegen oder Bilder hängen sehen, die auf eine abseitige Neigung des Klienten schließen lassen. Würde der Verteidiger für solche Fälle nicht schweigepflichtig sein, so wäre das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Klient weitgehend gestört.[32] Diese Fälle aber dem „kraft Amtes anvertraut" unterfallen zu lassen, dürfte zu weit führen.[33]

Nicht alles, was nur gelegentlich der Berufsausbildung anvertraut ist, ist schweigepflichtig, nämlich das nicht, was nicht dem Verteidiger, sondern dem Menschen anvertraut ist. Es besteht ja, besonders bei Wahlverteidigern, die Möglichkeit, daß der Verteidiger zu dem von ihm Verteidigten in einem engen Freundschaftsverhältnis

30. Finger a. a. O. S. 361.
31. Deschl, a. a. O. S. 43.
32. Anders Götz S. 22.
33. Raumo a. a. O. S. 43.

steht und diese sich dann über alle möglichen Dinge aussprechen. Wird eine derartige Tatsache dem Verteidiger auch mit einer ausdrücklichen Schweigeauflage anvertraut, so ist die Tatsache dennoch nicht zum Berufsgeheimnis geworden; der Verteidiger ist in bezug auf diese Tatsache nicht schweigepflichtig.

Es wird für den Verteidiger schwierig sein, die Grenzen zu ziehen zwischen den Tatsachen, die ihm kraft Berufes anvertraut oder gelegentlich seiner Berufsausübung zur Kenntnis gelangt sind und denen, die mit seinem Beruf nichts zu tun haben. Die Entscheidung hierüber ist nicht in das freie Ermessen des Verteidigers gestellt. Er wird vielmehr auch bei den Tatsachen, die ihm sein Klient im privaten Gespräch zur Kenntnis gegeben hat, sich fragen müssen, ob die Offenbarung dieser Tatsachen seinem Klienten Schaden zufügen könnte und wird darauf Bedacht nehmen müssen, bei der Prüfung stets die Belange seines Klienten wahrzunehmen.

Eine heikle Frage ist die, wie sich der Verteidiger zu verhalten hat, wenn ihn im Rahmen der Verteidigung der Anvertrauende zur Begehung einer strafbaren Handlung auffordert. Dies dürfte in der Praxis häufig vorkommen, besonders wenn man dabei an die Begünstigung denkt. Man könnte den Fall annehmen, daß der Klient seinen Verteidiger überreden will, einen Kassiber aus dem Gefängnis zu schmuggeln,[34] oder vor Gericht objektiv falsche tatsächliche Ausführungen zu machen.[35] Auch in diesem Falle wird es sich um ein kraft Amtes anvertrautes Geheimnis handeln, das der Schweigepflicht unterliegt, und zwar auch dann noch, wenn der Verteidiger die Begehung der strafbaren Handlung abgelehnt oder darüber hinaus die Uebernahme der Verteidigung abgelehnt oder die Verteidigung niedergelegt hat.

Die von Liebmann angeführte Gegenansicht,[36] da die Handlung verboten sei, falle sie nicht unter die berufliche Tätigkeit, geht m. E. fehl. Die Tatsache, daß die dem Verteidiger nahe gelegte Handlung eine verbotene ist, ändert nichts daran, daß ihm diese Aufforderung als Tatsache kraft seines Berufes anvertraut ist. Auch von dem Standpunkt der Vertrauensstellung des Verteidigers erscheint mir die Liebmannsche Lösung nicht zweckentsprechend, denn damit, daß der Verteidiger das Ansinnen, das sein Klient an ihn gestellt hat, zu offenbaren berechtigt ist und gegebenenfalls sogar offenbart, ist die

34. Hamburger Kassiberprozeß 1925.
35. Siehe unter V der Arbeit.
36. Liebmann a. a. O. S. 47, ebenso Friedersdorff a. a. O. S. 21.

Vertrauensstellung zwischen dem Verteidiger und seine Klienten zerstört; viel eher wird der Verteidiger dem Klienten durch entsprechende Hinweise das unangebrachte seines Verlangens nahe bringen können.

Während im Entwurf 1934 von den bei berufsmäßiger Ausübung anvertrauten oder zugänglich gewordenen Geheimnissen die Rede ist, findet sich nach geltendem Recht das Wort „Beruf" nicht. Amt, Stand und Gewerbe haben einen hiervon verschiedenen Sinn. Der Verteidiger übt sein Amt aus; ist er gleichzeitig Anwalt, so gehört er einem Stand an.

c) Der Geheimnisherr.

Wenn ein Geheimnis vorliegt und an die Vertrauensperson herangetragen wird, wird sich diese darüber klar werden müssen, wem es zukommt, zu bestimmen, ob die der Vertrauensperson mitgeteilte Tatsache ein Geheimnis bleiben soll oder nicht. Es könnte sich für den Strafverteidiger ein Fall ergeben, daß von mehreren Angehörigen eines seiner Klienten dem Verteidiger eine Tatsache mitgeteilt wird; der eine verlangt Offenbarung des Geheimnisses vor Gericht, weil er dies für den Klienten vorteilhaft erachtet, der andere besteht auf Geheimhaltung. Ist nun einer der Anvertrauenden befugt, zu bestimmen, ob die Tatsache Geheimnis bleiben soll oder nicht, oder ist es gegebenenfalls ein Dritter, der zwar nicht anvertraut hat, aber ein Interesse daran hat, daß die anvertraute Tatsache geheim bleibt?

Den Erfordernissen der Praxis kann nur die Theorie genügen, die annimmt, daß allein der, in dessen Person ein Geheimnis vorliegt, also der Geheimnisträger, zur Geheimnisherrschaft befugt sei.[37]

Eine zweite Theorie will die Geheimnisherrschaft jedem Interessenten zubilligen.[38] Sie ist jedoch als zu weitgehend abzulehnen; denn es ist möglich, daß in ein und demselben Strafverfahren mehrere Personen vorhanden sind, welche an der Geheimhaltung oder Offenbarung einer Tatsache interessiert sind; der eine Interessent könnte dann den Strafverteidiger von der Schweigepflicht entbinden, während der andere Geheimhaltung verlangt. Es wäre für den Strafverteidiger unmöglich, bei dem Vorliegen eines solchen Konfliktes die Verteidigung weiter zu führen. Die Schweigepflicht besteht allein zu Gunsten

37. Gransee 66, Placzek 46, Günther 29, Stemberg 37, Olshausen zu § 300 N 11.

38. Flesch 25, Wolff 69, Liszt-Schmidt 423, Kalter 78.

des Klienten, der sich seinem Verteidiger unbehindert anvertrauen soll, und nicht zu Gunsten anderer Interessenten, die dem Verteidiger in die Führung der Verteidigung, ja vielleicht sogar gegen den Willen des Klienten hinreinreden könnten.

Nach einer dritten Theorie soll der Geheimnisherr derjenige sein, der der Vertrauensperson dies Geheimnis anvertraut hat.[39] Diese sogenannte „Vertrauenstheorie" ist in den Fehler verfallen, hier den Begriff „anvertrauen" inkonsequenterweise viel enger auszulegen als bei der Definition des anvertrauten Geheimnisses. Während man dort annahm, daß alles, was zugänglich geworden war, als anvertraut zu gelten hatte, will man hier nur das als anvertraut gelten lassen, was unter ausdrücklicher oder stillschweigender Schweigeauflage anvertraut worden ist.

Auch hier wäre ein Widerstreit der Interessen möglich, insofern nämlich der Anvertrauende Herr über die Geheimnisse des Geheimnisträgers wäre, wenn der Anvertrauende und der Geheimnisträger nicht identisch sind. Nach dieser Theorie ist das Interesse des Anvertrauenden allein entscheidend; der Geheimnisträger wäre dann dem Willen des Anvertrauenden schutzlos ausgeliefert; eine Möglichkeit, die im schärfsten Gegensatz zu den Belangen des Verteidigers sowohl als auch den Interessen des Klienten stehen würde.

Stirbt der Geheimnisherr, so ergeben sich zwei Fragen:

1. besteht nach dem Tode des Geheimnisherrn die Schweigepflicht der Vertrauensperson weiter?
2. Wer ist für den Fall, daß die Geheimhaltungspflicht fortbesteht, Geheimnisherr?

Wenn der Geheimnisherr die Geheimhaltung einer Tatsache wünscht, so wird man annehmen können, daß er den Willen hatte, die Geheimniseigenschaft der Tatsache auch nach seinem Tode aufrecht erhalten zu sehen. Der Wille verliert seine verbindliche Kraft dadurch nicht, daß die Person des Geheimnisherrn aufgehört hat, zu existieren. Mit Recht weist Sauter darauf hin, daß das ganze Erbrecht auf dem über dem Tod hinaus verbindlichen Willen des Erblassers aufgebaut ist.[40] Deshalb muß die schweigepflichtige Person auch nach dem Tode des Geheimnisherrn schweigen. Ist allerdings aus irgendwelchen Umständen zu entnehmen, daß der Geheimnisherr

39. RGST. 13/60, 38/62, 56/147, Finger 370, Merkel 350, Hälschner II/219, Binding a. a. O. 626, Hippe Goltd. Arch. 46/300.

40. Sauter a. a. O. S. 140.

nach seinem Tode kein Interesse an einer Geheimnisbewahrung mehr hat, oder hat er für die Zeit nach seinem Tode eine ausdrückliche Entbindungserklärung abgegeben, so entfällt die Geheimnispflicht.

In der Praxis des Strafprozesses wird Geheimnisherr meist der Klient sein. Stirbt dann der Klient, so wird der Verteidiger umso mehr ein Interesse des Verstorbenen, die anvertraute Tatsache weiter geheim zu halten, annehmen müssen, als es sich bei den im Strafverfahren geoffenbarten Tatsachen meist um solche handelt, die bei Bekanntwerden der ganzen Familie des Verstorbenen Schaden zufügen können. Hat der verstorbene Klient dem Verteidiger eine Geheimnispflicht auch nach seinem Tod auferlegt, und verlangen die Erben oder Angehörige des Klienten Offenbarung, so wird der Wille dieser Personen unerheblich sein.[41]

Die Geheimnisherrschaft ist ein höchstpersönliches Recht des Geheimnisträgers und vererbt sich nicht.[42] Auch die Annahme einer Interessengemeinschaft zwischen dem Geheimnisherrn und den Erben rechtfertigt nicht den Uebergang der Geheimnisherrschaft, denn die Annahme der Interessengemeinschaft würde nur die Wiedereinführung der Interessentheorie bedeuten.

d) Die Offenbarung des Geheimnisses.

Mit dem „unbefugten Offenbaren" ist das Delikt des § 300 STGB. vollendet. Offenbaren heißt: einer dritten Person ein Geheimnis, das ihr nicht bekannt oder nicht sicher bekannt ist, mitteilen.[43] Nach dem Sprachgebrauch ist hier der Begriff „offenbaren" zu eng gefaßt, denn als „Offenbarung" wird man es im gewöhnlichen Leben bezeichnen, wenn man etwas Wichtiges in feierlicher Form kundgibt. Hingegen ist der Begriff „veröffentlichen", wie er in der ersten Fassung des 9. Entwurfes zum Preußischen STGB. steht, zu weit; veröffentlichen bedeutet mehr oder weniger die Preisgabe einer Tatsache an die Oeffentlichkeit; ein an die große Glocke hängen.[44] Der Begriff der Offenbarung wird von Frank[45] folgendermaßen definiert:

---

41. Anders Stein-Jonas II zu § 385 ZPO.
42. Sauter a. a. O. S. 141, Olshausen, Anm. 11 zu § 300.
43. Götz S. 25.
44. Kahl ZSTRW. 29/354.
45. Frank zu § 300, III.

Offenbarung bedeutet nicht, etwas der Oeffentlichkeit kundzutun, sondern dem Wissenskreis irgend jemandes zuzuführen.

Im Gegensatz zu dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens erfordert der Begriff des Offenbarens nicht, daß die Handlung in einer besonderen Form etwa der Schriftform, oder einer Personenmehrheit gegenüber erfolgt; die Offenbarung setzt lediglich voraus, daß eine einzelne Person von dem Geheimnis erfährt, die bisher von der Tatsache noch keine Kenntnis hatte.

Auch dann, wenn die Tatsache einem Gehilfen mitgeteilt wird — z. B. der Strafverteidiger übergibt Akten, in welchem eine geheimzuhaltende Tatsache vorhanden ist, seinem Referendar — liegt der Begriff des Offenbarens vor;[46] nur wird hier die Offenbarung eine befugte sein. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Gehilfeneigenschaft eine dauernde ist; einem gelegentlichen Helfer — z. B. einem ein Rechtsgutachten anfertigenden Hochschullehrer — wird der Verteidiger ein Geheimnis nicht anvertrauen dürfen, selbst dann nicht, wenn die Person, der offenbart wird, nach § 300 schweigepflichtig ist. Allerdings wird dann eine Ausnahme zu machen sein, wenn beispielsweise ein Verteidiger in einem Termin von einem Kollegen vertreten wird, der gleichzeitig Anwalt ist, da dann die Schweigepflicht sowohl nach § 300 als auch nach den ehrenrechtlichen Bestimmungen genügend Garantie für eine Bewahrung der Diskretion bietet.

Die Offenbarung setzt nicht notwendigerweise eine Mitteilung an einen Dritten voraus. Es genügt u. a. schon, wenn der Verteidiger etwas mitteilt, woraus Schlüsse gezogen werden können; für das Wesen der Offenbarung ist es dann allerdings erforderlich, daß diese Schlüsse auch gezogen werden. Legt der Verteidiger z. B. die Verteidigung nieder, so wird das Gericht daraus schließen können, daß der Klient den Verteidiger belogen hat, oder daß der Klient es dem Verteidiger gegenüber abgelehnt hat, ein ihm schon abgelegtes Geständnis in der Hauptverhandlung zu wiederholen. Solange sich diese Schlüsse allerdings nicht mit Bestimmtheit ziehen lassen, und hierzu müßten noch bestimmte Umstände hinzutreten, wird man von einer Offenbarung nicht reden können.

Eine andere Möglichkeit der Offenbarung ist die, daß der Verteidiger — wenn auch nur im Kollegenkreise — über einen bestimmten Fall spricht, es genügt hier zum Wesen der Offenbarung, daß er nur einen Ausschnitt von Tatsachen gibt und hierbei den Namen sei-

46. Sauter S. 215.

nes Klienten nicht einmal erwähnt. Gerade in kleineren Orten wird es dem Dritten sehr schnell möglich sein, aus den von dem Verteidiger mitgeteilten Tatsachen Schlüsse zu ziehen und damit Kenntnis von dem Geheimnis zu erlangen.

Ein Geheimnisbruch kann sowohl durch eine Begehungshandlung als auch durch eine Unterlassungshandlung begangen werden, und zwar dann, wenn der Verteidiger z. B. eine Rechtspflicht außer Acht läßt und es zuläßt, daß sich ein Dritter die Kenntnis eines Geheimnisses verschafft.

Besonders ist hierbei an den Fall zu denken, daß z. B. der Verteidiger es zuläßt, daß ein Dritter Einsicht in seine Akten nimmt. Dies wird in der Regel nur fahrlässig geschehen und ist somit nicht strafbar. Die herrschende Lehre vertritt, wohl mit Recht, die Ansicht, daß nur die vorsätzliche Begehung als Delikt strafbar sei.[47]

Daß nur der vorsätzliche Geheimnisbruch bestraft wird, dürfte sich auch schon aus der Redaktionsmethode des Strafgesetzbuches ergeben; nach dieser ist die fahrlässige Begehung einer Tat nur dann mit Strafe bedroht, wenn sie ausdrücklich für strafbar erklärt worden ist.

Die Gegenansicht, die von einigen älteren Schriftstellern vertreten wurde,[48] hat es darauf abgestellt, daß im Gegensatz zum § 300 die Bestimmung des § 299 STGB. vorsätzliche Begehung der Tat fordere. Ferner hat die Gegenansicht eine Stelle aus den Motiven zum STGB. für sich herangezogen:

> Wenn einige Gesetzbücher die Strafbarkeit nur bei der Absicht zu schaden oder einen Nutzen daraus zu ziehen eintreten lassen, so hat der Entwurf sich ihm nicht angeschlossen, da die meisten dieser Fälle nur aus Leichtsinn begangen werden, überdies aber für den Verletzten und dessen Interessen an der Geheimhaltung es gleichgültig ist, ob die Verletzung in sträflicher Absicht oder aus Leichtsinn erfolgt ist, endlich in der Offenbarung aus Leichtsinn bereits eine Verletzung der obliegenden Berufspflicht liegt.

Das Wort „Leichtsinn" ist jedoch nicht dasselbe wie Fahrlässigkeit; auch eine vorsätzlich begangene Tat könnte aus Leichtsinn begangen sein. Zu keiner der beiden Schuldformen hat der Begriff „Leichtsinn" irgend eine Beziehung.

---

47. Rex 48, Flesch 22, Sauter 279, Sandheim 43, Götz 27, Finger 362, Liszt 421, Binding I/127, Olshausen II zu § 300, Frank § 300, 5 Placzek 42.

48. Exner 59, Hartmann 22, Ludwig 49, Sérexhé 73.

Sollte jedoch z. B. dem Verteidiger einmal ein fahrlässiger Bruch der Schweigepflicht unterlaufen, so wird gegebenenfalls das Berufsgericht zu prüfen haben, ob die Tat berufsgerichtlich zu ahnden ist. Hier wird man von der Erwägung auszugehen haben, daß es nicht zweckmäßig ist, die Schweigepflicht zu überspannen. Gerade einem beschäftigten Verteidiger wird im Drang der Geschäfte gegebenenfalls einmal ein fahrlässiger Bruch der Schweigepflicht unterlaufen, dessen Ahndung allenfalls den Berufsgerichten überlassen bleiben sollte.

e) Entbindung von der Schweigepflicht.

Aus der Geheimnisherrschaft entspringt die Befugnis, die Vertrauensperson von der Schweigepflicht zu entbinden. Durch die Erlaubnis zur Offenbahrung ist die Offenbarung straflos. Aus einem Strafverfahren beispielsweise, in welchem ein Strafverteidiger eine Verteidigung für mehrere Angeklagte führt, ergibt sich die Möglichkeit, daß ein Geheimnis mehrere Geheimnisherren hat. Hier wird zur Offenbarungsbefugnis durch den Verteidiger die Erlaubnis sämtlicher Geheimnisherren notwendig sein. Ist der oder einer der Geheimnisherren geschäftsunfähig, so wird der gesetzliche Vertreter zur Offenbarung befugt sein; bei diesen geschäftsunfähigen wird es sich — in bezug auf das Verhältnis zwischen Strafverteidiger und Klient —, nur um solche nach § 104, *2* und *3* BGB. handeln, da gemäß §§ 1, 2, JGG. die Strafbarkeit des Jugendlichen erst mit 14 Jahren beginnt, also ein Jugendlicher unter 14 Jahren gar nicht Klient eines nach § 29 JGG. bestellten oder gewählten Verteidigers sein kann. Einem nach § 114 BGB. beschränkt Geschäftsfähigen wird man die Entbindungsbefugnis nicht zubilligen können, vielmehr wird hier der gesetzliche Vertreter das Entbindungsrecht auszuüben haben, da einer nach § 114 BGB. entmündigten Person wohl in keinem Falle die zur Entscheidung über die Offenbarungsbefugnis notwendige geistige Reife zur Verfügung stehen wird.

Ein Jugendlicher über 14 Jahren wird stets die Entscheidung über die Offenbarungsbefugnis haben, mit Ausnahme der Fälle, in denen der Jugendliche über die erforderliche geistige Reife nicht verfügt. In den Fällen, in welchen es entbehrlich ist, wird man aber auf das Mtiwirkungsrecht des gesetzlichen Vertreters verzichten können, weil die Fälle nicht ausgeschlossen sind, in denen die Interessen des jugendlichen Geheimnisherren denen des gesetzlichen Vertreters

durchaus zuwider laufen. Die Ansicht, daß nur der Jugendliche über 18 Jahre für sich allein entbindungsberechtigt sei, weil ihm das Gesetz auch das Recht des § 65 STGB. gewähre,[49] hat somit keine Berechtigung.

Die Entbindungserklärung kann einen verschiedenen Inhalt haben. In ihr kann der Verteidiger zur Offenbarung gegenüber jeder beliebigen Person berechtigt werden; es ist aber auch möglich, daß sie nur zur Offenbarung bestimmten Personen gegenüber oder zur Offenbarung auf eine bestimmte Art und Weise berechtigt. Es ist der Fall denkbar, daß der Verteidiger ermächtigt wird, einen bestimmten Brief, in welchem eine geheimhaltungspflichtige Tatsache enthalten ist, dem Gericht vorzulegen, jedoch nicht dazu, den Inhalt desselben mit Dritten zu erörtern. Besteht das Geheimnis aus mehreren Tatsachen, so besteht die Möglichkeit, daß die Erlaubnis auf eine oder mehrere Tatsachen sich beschränkt.

Verstößt nun ein Verteidiger gegen Einschränkungen der Offenbarungsbefugnis, offenbart er also ein Geheimnis nach unserem Beispiel nicht nur dem Gericht, sondern auch noch einem Dritten, so wird man auch hier die Strafbarkeit bejahen müssen. Mit der Offenbarung an das Gericht ist die Geheimniseigenschaft der Tatsache nicht beseitigt. Denn bei der befugten Offenbarung wird von einer Weiterverbreitung im eigenen Interesse des Miteilungsempfängers keine Rede sein können.

Die Entbindungsbefugnis ist, als aus der Geheimnisherrschaft entspringendes Recht, unvererblich und nicht übertragbar.

f) Das Antragserfordernis.

Nach der Bestimmung des letzten Absatzes im § 300 tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein. Es findet sich nichts im Gesetz darüber, wer zur Stellung des Strafantrages berechtigt ist. Berechtigt ist der Verletzte, also der Geheimnisherr.[50] Andere Ansichten gehen dahin, daß die Antragsbefugnis dem Anvertrauenden einzuräumen sei.[51] Nach einer anderen Meinung soll jeder Interessent antragsberechtigt sein. Beide Ansichten werden aber nicht befriedigen können, denn wenn nach der Ansicht, daß dem Anvertrauenden das

---

49. Götz a. a. O. S. 35.

50. Deschl, S. 61, Sauter, S. 285 ff, Götz, S. 36.

51. Olshausen N II zu § 300, Jummel 55, Günther 29, Graf Rex 52. RGST. 30/60, Stemberg 56, Rauno 74, Bergfeld 54.

Antragsrecht gegeben sei, Anvertrauender und Geheimnisträger auseinanderfällt, wird dem Interesse des Geheimnisträgers nicht Rechnung getragen. Auch könnten sich, wenn mehrere Personen anvertraut haben, Unstimmigkeiten ergeben.

Ist der Verletzte noch nicht antragsmündig, also noch nicht 18 Jahre alt, so wird sein gesetzlicher Vertreter den Antrag stellen.

Es ist auch der Fall denkbar, daß eine geheimzuhaltende Tatsache in der Person mehrerer Menschen vorliegt, demnach mehrere Geheimnisherren und somit mehrere Antragsberechtigte vorhanden sind. Im Gegensatz zu dem Fall, in welchem bei Vorhandensein mehrere Geheimnisherren zu ein und demselben Privatgeheimnis nur alle Geheimnisherren zusammen eine Entbindungsbefugnis haben, wird man für das Antragsrecht sagen müssen, daß hier der Antrag eines Verletzten genügt.

Ebenso wie die Geheimnisherrschaft und die Entbindungsbefugnis, ist auch das Antragsrecht nicht vererblich, da es sich als höchst persönliches Recht darstellt. Im allgemeinen werden die Folgen eines Schweigebruches gering sein, da niemand mehr vorhanden ist, der Strafantrag stellen könnte. Anders dann, wenn die Erben ein selbständiges Antragsrecht haben. Fraglich ist die Sache bei sogenannten Familiengeheimnissen, bei welchen als Geheimnisträger nicht ein einzelner, sondern eine ganze Familie durch Geschlechter hindurch zu gelten hat. Hierzu besagt die herrschende Lehre, daß eine Uebertragung der Geheimnisherrschaft und damit des Antragsrechtes auf die Hinterbliebenen aus dem Grunde der Solidarität der Familieninteressen nicht möglich ist.[52] Wenn aber die Erben nicht nur mit dem verstorbenen Geheimnisträger solidarische Familieninteressen haben, sondern wenn sie selbst Geheimnisträger sind, wird man ihnen ein selbständiges Antragsrecht zubilligen müssen; letzterer Fall dürfte auch in der Praxis häufiger sein als der erstgenannte.

g) Die „unbefugte" Offenbarung.

Zur Strafbarkeit des Geheimnisbruches gehört als wichtigstes Tatbestandsmerkmal, daß die Offenbarung von Geheimnissen unbefugt erfolgen muß. Die Frage nach der Bedeutung des Wortes „unbefugt" ist mit die umstrittenste des Deliktes der Geheimnisverletzung.

52. Karl Schäfer, Deutsches Strafrecht 37/197, Deschl 41, RG. 71.

53. Deutsches Strafrecht 37/55, JW. 37/629, A. A.: Fromme 16, Sauter 144 ff., Kolmann 144.

Dem Begriff „unbefugt" kommt im Rahmen des § 300 die gleiche Bedeutung zu, wie auch sonst im Reichsstrafgesetzbuch und in den strafrechtlichen Nebengesetzen. Es müßte durch besondere Umstände begründet worden sein, wenn dem Begriff „unbefugt" im Rahmen des § 300 eine besondere Bedeutung zukommen sollte. Das ist nirgends geschehen. Demnach bedeutet „unbefugt" eindeutig „ohne vom Berechtigten gegebene Erlaubnis".[54]

Aus dem Wortlaut könnte hervorgehen, daß demnach nur die vom Berechtigten gegebene Erlaubnis die Strafbarkeit ausschließe; neben dieser Erlaubnis des Berechtigten findet auch als Rechtfertigungsgrund der übergesetzliche Notstand und als Schuldausschließungsgrund der Fall des Zusammentreffens zweier widerstreitender Rechtspflichten (Pflichtenkollision) Anwendung.

Die herrschende Ansicht setzt den Begriff „unbefugt" und rechtswidrig gleich. Die beiden Begriffe decken sich; wenn dagegen geltend gemacht wird, daß der Begriff „unbefugt" der weitere sei, da eine Handlung denkbar sei, die unbefugt und doch nicht rechtswidrig sei, so ist dem entgegenzuhalten, daß es einen rechtlich wertfreien Raum nicht geben kann.

Man wird Frank,[55] der ausführt, daß eine Erlaubnis nicht nur vom Berechtigten, sondern auch von der gesamten Rechtsordnung gegeben werden könnte, und damit wohl im Grunde den Ausdruck „unbefugt" mit dem Begriff rechtswidrig gleich setzt, beipflichten können.[56]

Mittermeier[57] will den Begriff „Befugnis" über den Rahmen der Rechtsmäßigkeit hinaus ausgedehnt wissen; eine Befugnis beruhe auf einer gesellschaftlichen Erlaubnis, einem Interesse, das durch die Sitte getragen und vom sozialen Leben anerkannt sei. Mittermeier hat die Bedeutung des Wortes „Befugnis" nach dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens im Auge gehabt; zweifellos hat in dem allgemeinen Sprachgebrauch das Wort „Befugnis" eine derart umfassende Bedeutung; die Bedeutung des Wortes „Befugnis" im Rechtsleben ist aber eine bedeutend begrenztere. Es würde sich wohl kaum eindeutig feststellen lassen, was unter einer durch die Gesellschaft gegebenen Erlaubnis zu verstehen ist, zumal die Gepflogen-

54. Binding a. a. O. S. 128, Grolman S. 11.
55. Frank a. a. O. § 300, III.
56. Olshausen Anm. 9 zu § 300, Schumacher S. 67, Sauter S. 227.
57. Mittermaier, ZSTRW. S. 218.

heiten der Sitte und Gesellschaft auch nur durch Widerstreit der Interessen bestimmt sind.

Das Gesetz hat, trotzdem der Begriff „rechtswidrig" sich mit dem Begriff „unbefugt" im wesentlichen deckt, letzteren Begriff in das Gesetz übernommen. Dies erklärt sich daraus, daß über den Begriff „rechtswidrig" in dem Schrifttum Streit herrscht und daß die Grenzen dieses Begriffes sich aus dem Gesetz nicht ergeben. Der eigentliche Grund für die Aufnahme des Begriffes „unbefugt" wird aber darin zu sehen sein, daß sämtliche Entwürfe zum STGB. — mit Ausnahme des Entwurfes von 1850 — sich dieses Begriffes bedienen. Sämtliche dieser Entwürfe bis zum Jahre 1849 bestrafen die Offenbarung von Privatgeheimnissen, wenn sie „unbefugterweise" erfolgt. Der Entwurf 1850 will die Veröffentlichung schlechthin unter Strafe stellen. Der zweite Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund aus dem Dezember 1869 setzt dann an die Stelle des Wortes „unbefugterweise", welches sich in dem ersten Entwurf vom Juli 1869 noch vorfindet, das Wort „unbefugt".

Unbefugt ist gleich rechtswidrig. Es herrscht nun im Schrifttum Streit, ob es bestimmte Rechtfertigungsgründe sind, die eine Offenbarung von Seiten des Strafverteidigers rechtfertigen sollen[58] oder ob dem Anvertrauenden grundsätzlich die Verantwortung zuzuschieben ist oder nicht.[59]

Liszt[60] stellt die Offenbarungsbefugnis des Anvertrauenden darauf ab, daß er das minderwertige Interesse opfern soll um der Erhaltung des höheren Interesses willen, wenn damit der vom Gesetzgeber anerkannte Zweck erreicht wird.

Zu der letzteren Theorie ist zu sagen, daß sie die Grundlage für die Lösung der sogenannten Pflichtenkollisionen bietet.[61] Eine Pflichtenkollision entsteht bei Zusammentreffen zweier widerstreitender Rechtspflichten. Es kann z. B. der Schweigepflicht eine Offenbarungspflicht gegenüberstehen, die zwar nicht als Offenbarungspflicht im Gesetz steht, jedoch den Strafverteidiger bei unterlassener Offenbarung mit Strafe bedrohen würde. Es sei hier nur beispielsweise auf die Pflichtenkollisionen zwischen der Schweigepflicht und der Begünstigung hingewiesen. Bei Vorliegen einer Pflichtenkollision wird der Verteidiger eine sorgsame Pflichten- und Rechtsgüterabwä-

58. Frank III zu § 300.
59. Wolff a. a. O. S. 48.
60. Liszt Lb. S. 173.
61. Siehe unter V der Arbeit.

gung anzustellen haben; er wird das geringerwertige Rechtsgut dem höheren zu opfern haben. Welches das höher- und welches das geringerwertige Rechtsgut ist, zeigt sich bei dem Vergleiche der in den kollidierenden Strafnormen angedrohten Strafen. Man kann nicht allgemein das Interesse, welches das Wohl der Gesamtheit schützt, über das das Privatwohl schützende Interesse stellen, weil auch jedes Interesse, welches das Wohl des Einzelnen schützt, in gleicher Weise das Wohl der Gesamtheit schützen wird. Der Verteidiger wird also, wenn ein öffentliches Interesse einem privaten Interesse widerstreitet, auch in diesem Falle eine sorgfältige Abwägung der entgegenstehenden Pflichten und Rechtsgüter durchführen müssen.

Es kann als festgestellt gelten, daß auch nach geltendem Recht — ohne auf die Entwürfe einzugehen — bei Vorliegen einer Pflichtenkollision, wenn das höhere Interesse es erfordert und der Zweck des Gesetzes damit erreicht ist, die Offenbarung des Geheimnisses eine befugte ist.

Es gibt nur bestimmte festumgrenzte Tatbestände, die eine Offenbarung rechtfertigen können. Außerhalb dieser Tatbestände kann es dem Verteidiger nicht überlassen werden, ob er offenbart oder nicht, sondern dann ist eben die Offenbarung eine unbefugte. Eine Offenbarung ist dann befugt:

erstens bei Entbindung durch den Geheimnisherren,

zweitens wenn das Gesetz die Offenbarung fordert oder gestattet.

Dem Fall 2 unterfällt insbesondere:

a) Die Offenbarungspflichten[62]
b) Die Pflichtenkollision[63]
c) Der übergesetzliche Notstand.

Das Reichsgericht hat aus dem Notstandsgedanken unter Zugrundlegung der Pflichten- und Güterabwägung den übergesetzlichen Notstand entwickelt. Allerdings müssen neben dem Wertverhältnis der kollidierenden Interessen auch noch andere Momente berücksichtigt werden, nämlich die Gewissenhaftigkeit des Täters, ferner seine Fähigkeit, die Lage richtig zu beurteilen.[64] Der Verteidiger wird sich darüber klar sein müssen, daß seine Einstellung, beispielsweise zur Frage der Schuld seines Klienten, eine durchaus subiektive

62. Siehe unter VI der Arbeit.

63. Liszt 409, Mittermaier 221, Wolff 67, Binding 127, Frank III zu § 300.

64. Liszt — Schmidt, a. a. O. S. 207.

ist und nicht objektiv richtig sein muß. Auch der Verteidiger kann hier irren und er wird irren, wenn er nicht mit Gewissenhaftigkeit die Frage prüft, ob erstens tatsächlich ein der Geheimhaltung entgegenstehendes Rechtsgut besteht, zweitens ob dies entgegenstehende Rechtsgut das höhere ist. Ich will versuchen, dies an dem folgenden Fall zu zeigen: Ein Strafverteidiger verteidigt die beiden des Mordes angeklagten A. und B. und zwar soll ein Dritter C. ermordet worden sein, jedoch noch nicht feststehen, ob A. oder B. den Schuß abgegeben hat. A. bringt am ersten Tag der Hauptverhandlung ein lückenloses Alibi, während dem B. dieser Beweis nicht gelingt. In einem Gespräch zwischen dem Verteidiger und A. nach der Hauptverhandlung gewinnt der Verteidiger aus den Aussagen des A. den Eindruck, daß dieser die Tat doch begangen hat. Um nun B. vor einer möglichen Verurteilung zu bewahren, offenbart der Verteidiger am zweiten Tag der Hauptverhandlung die Aeußerungen des A. und die Schlüsse, die er hieraus gezogen hat. Im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung stellt sich jedoch heraus, daß B. der Täter ist. Wenn man auch eine Strafbarkeit des Verteidigers hier wird verneinen müssen, so zeigt dieser Fall doch, wo die Grenze des übergesetzlichen Notstandes liegt.

Die die Lehre vom übergesetzlichen Notstand begründende Entscheidung[65] besagt folgendes: „In Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechensform erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine vom Recht auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboten oder rechtswidrig ist, an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden."

Auf der Grundlage der Notwehr oder des Notstandes wird man keine Offenbarungsbefugnis aufbauen können. Es ist allgemeine Ansicht, daß die im RStGB. enthaltenen Vorschriften über die Notwehr und den Notstand zu eng gefaßt sind, als daß sie in bestimmten Fällen für Offenbarungshandlungen nach § 300 StGB. einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund geben könnten. Es ist auch nicht angängig, hier auf dem Wege der Analogie eine weitere Auslegung der Notwehr- und Notstandsbestimmungen zu versuchen.

Z. B. wird, wenn der Verteidiger in bezug auf die Führung einer bestimmten Verteidigung, wie dies früher öfter geschah, in der Presse

65. RG. 61/242.

angegriffen wird, bei Erwiderung in der Presse durch den Verteidiger der Gesichtspunkt der Notwehr nicht durchgreifen, wenn der Verteidiger in seiner Erwiderung in der Presse Geheimnisse seines Klienent offenbart hat. Hier bliebe dem Verteidiger nur die Beleidigungsklage.

Auch kann sich der Verteidiger nicht auf Notwehr berufen, der sein Honorar einklagt, wenn die Klage mit der Offenbarung eines Geheimnisses seines Mandanten notwendigerweise verbunden ist. aber trotzdem wird man hier die Offenbarung als eine befugte ansehen müssen, da man den Verteidiger unter Hinweis auf § 300 nicht hindern kann, sein gutes Recht zu verfolgen.[66] Anders ist es auch hier, wenn dem Verteidiger noch andere Möglichkeiten zur Verfügung gestanden hätten, zu seinem Recht zu kommen, wenn er also beispielsweise eine Mahnung unterlassen hat.[67] Es läßt sich auch der Fall denken, daß ein Angestellter des Verteidigers diesem gegenüber ohne dessen Wissen eine strafbare Handlung begeht und alsdann sich über dies Delikt mit dem Verteidiger juristisch berät, um ihn der Schweigepflicht zu unterwerfen und an der Wahrnehmung seiner Rechte zu verhindern. Hier gilt das oben Gesagte, daß es dem Verteidiger nicht verwehrt sein solle, auch wenn er unter Schweigepflicht steht, seine eigenen Rechte wahrzunehmen.

66. Jummel a. a. O. S. 54, Binding I S. 128, Mittermaier S. 202.
67. Rex a. a. O. S. 47, Rauno a. a. O. S. 59.

V. Die Pflichtenkollisionen.

Verteidiger und Gericht sollen keine Gegensätze bilden. Das Gericht sucht und findet das Recht, der Verteidiger nimmt die Interessen seines Mandanten, der Staatsanwalt die des Staates wahr. In dieser Aufteilung der Aufgaben liegt keine Gegensätzlichkeit dieser der Rechtsfindung dienenden Organe gegeneinander, denn sie werden von der Idee, dem Rechte zu dienen, vereint. Der Verteidiger hat in der Strafrechtspflege seine Berufung zu erfüllen, heute mehr denn je. Seine Pflicht ist es, im Rahmen eines Strafverfahrens die Rechte seines Mandanten wahrzunehmen. Wo die Grenzen liegen, bis zu denen der Verteidiger bei der Wahrnehmung der Interessen seines Klienten gehen darf, ist durch das Berufsethos des Verteidigers und durch die Gesetze festgelegt. Ist der Verteidiger gleichzeitig Anwalt, so wird er als solcher den disziplinarrechtlichen Vorschriften der RRAO. unterliegen, die beispielsweise bei einem Verstoß gegen die Vorschriften des § 31 I RRAO. zum Zuge kommen werden.

Die Problemstellung des Verteidigers ist mit dem nationalen Umbruch eine andere geworden. Eine Reihe von jüdischen Schriftstellern hatte vor der Machtübernahme darzulegen versucht, daß sich der Verteidiger bei Durchsetzung der Interessen seines Mandanten so ungefähr jedes Mittels bedienen dürfe, um ihn so dem staatlichen Strafanspruch zu entziehen. Diese Schriftsteller haben schon damals bei dem deutschen Strafverteidiger keine Gegenliebe gefunden. Für den beantwortungsbewußten Strafverteidiger hatte auch schon vor dem Umbruch die Sphäre des Individuums eine Grenze, wenn durch sie Interessen der vom Staate gesetzten Rechtsordnung verletzt wurden. Wenn man also einerseits die Berufsauffassung des Strafverteigers von damals zu der Berufsauffassung des Strafverteidigers von heute nicht wird in Gegensatz bringen können, so wird man doch andererseits ganz allgemein feststellen können, daß der Staat jetzt von dem Verteidiger mehr fordert, als er der Staat von damals getan hat. Der Satz, daß das Staatswohl dem Wohle des Einzelwesens vorgeht, und der immer Geltung gehabt hat, hat jetzt eine schärfere Ausprägung erfahren: Das Staatswohl und das Wohl des Einzelwesens sind keine Gegensätze, sondern das Staatswohl ist dem Wohl

des Einzelnen gleich zu setzen. Dieser Satz beinhaltet aber auch, daß der Staat als sein Wohl zugleich das Wohl des Einzelnen schützt. Um seine eigenen Interessen zu fordern, wird der Staat keineswegs jedes Mittel anwenden; der Satz: „Der Zweck heiligt die Mittel" hat auch im Strafrecht keinen Raum.[1] Deswegen wird sich der Verteidiger darüber klar sein müssen, daß es sich durch die Annahme, ein staatliches Interesse liege vor, welches dem Interesse seines Klienten vorginge, nicht rechtfertigen läßt, über eine klare gesetzliche Bestimmung hinwegzugehen. Der Strafverteidiger wird, wenn er sich einem Interessenkonflikt gegenüber sieht, den er auch bei gewissenhaftester Prüfung der kollidierenden Interessen zu lösen nicht in der Lage ist, immer zu Gunsten seines Klienten zu entscheiden haben.

Es ist dem Verteidiger kein Mittel an die Hand gegeben, wenn er sich einer Pflichtenkollision gegenüber sieht, die Entscheidung etwa einer höheren Instanz zu überlassen; nachdem § 19 der Reichsnotarordnung dem Notar die Möglichkeit gibt, sich, wenn er im Zweifel ist, ob er eine Offenbarungsbefugnis hat oder nicht, an seine Aufsichtsbehörde zu wenden, wobei beachtenswert ist, daß die Offenbarung der Aufsichtsbehörde gegenüber nicht als unbefugt gilt, wäre auch die Schaffung einer entsprechenden Bestimmung für den Strafverteidiger in Erwägung zu ziehen. Allerdings würde zu befürchten sein, daß das praktisch nicht durchführbar wäre, weil der Verteidiger sich oft während der Hauptverhandlung entscheiden muß, ob er schweigt oder offenbart. Auch wäre es deswegen gegebenenfalls nicht ratsam, dem Verteidiger die Entscheidung darüber, ob er schweigen oder offenbaren will, aus der Hand zu nehmen, weil dadurch das Verantwortungsbewußtsein und die Verantwortungsfreude des Verteidigers nicht gerade gestärkt würde. Ein Verteidiger wird sich umso mehr für seinen Klienten einsetzen, je weniger ihm in die Führung der Verteidigung hineingeredet werden wird.

Als erste der möglichen Pflichtenkollisionen soll der Fall des Widerstreits zwischen Schweigepflicht des Strafverteidigers einerseits und prozessualer Zeugnispflicht und Pflicht zur Ablegung des Sachverständigengutachtens behandelt werden. § 53 II STGB. besagt, daß Verteidiger über das, was ihnen in dieser ihrer Eigenschaft anvertraut ist, ein Zeugnisverweigerungsrecht haben; daß sie jedoch zur Zeugnisverweigerung nicht berechtigt sind, wenn sie von der

1. So auch Stangl, a. a. O. S. 41.

Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden worden sind. § 76 STPO. billigt aus denselben Gründen, welche einen Zeugen berechtigen, das Zeugnis zu verweigern, dem als Sachverständigen vernommenen Verteidiger ein Zeugnisverweigerungsrecht zu. In der ZPO. ist die Formulierung eine andere: Nach § 383 ZPO. sind zur Verweigerung des Zeugnisses solche Personen berechtigt, welchen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut worden sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder gesetzliche Vorschrift geboten ist, die Tatsachen betreffen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht. Auch wenn das Zeugnis nicht verweigert wird, ist die Vernehmung dieser Personen auf Tatsachen nicht zu richten, in Ansehung welcher erhellt, daß ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein Zeugnis nicht abgelegt werden kann. Ähnliche Bestimmungen finden sich in der Militärstrafgerichtsordnung, in der Reichsversicherungsordnung § 1574 und in der Reichsabgabenordnung § 175. Auch landesrechtlich ist das Problem des Rechts der Zeugnisverweigerung schon gelöst worden, allerdings auf eine andere Art; so wird in der Württembergischen ZPO. von 1868 Artikel 467 und der Bayerischen ZPO. von 1869 Artikel 400 die Vernehmung einer Reihe von schweigepflichtigen Personen, u. a. des Strafverteidigers, durch das Gericht für unstatthaft erklärt.

Die herrschende Meinung steht auch heute noch auf dem Standpunkt, daß der Verteidiger, der von seinem Recht, das Zeugnis zu verweigern oder das Sachverständigengutachten nicht zu erstatten, keinen Gebrauch macht, nicht unbefugt handelt, wenn er dadurch ein Geheimnis seines Klienten offenbart.[2]

Die herrschende Lehre geht davon aus, daß der § 53 STPO. für den Verteidiger — wie für verschiedene andere schweigepflichtige Personen — keine Verpflichtung, die Aussage zu verweigern, normiert, sondern nur von einem Aussagerecht handelt. Es handele sich hier lediglich um eine zu Gunsten der zur Zeugnisverweigerung berechtigten Person bestehende Rechtsbefugnis, die durch die Bestimmung des § 300 keine Einschränkung erleidet; das Recht zur Zeugnisverweigerung schließe daher das Recht zur Zeugenaussage in sich.

Die andere Ansicht geht davon aus, daß in den in Frage kommenden Prozeßvorschriften nur von einem Recht zur Zeugnisver-

2. Binding LB. I/127, Frank § 300 N III, Olshausen § 300, 9c, Absatz 5, Oppenhoff, § 300 N 9, Gans 27, Sérexhé 84, Hälschner 218, Liszt-Schmidt 420, Wolff 78, Schwartz 300, 3, Rauno 55, Stangl 38.

weigerung, nicht aber von einem Recht zur Aussage gesprochen wird. Dieser Ansicht ist m. E. beizutreten. Es handelt sich hier um zwei ganz verschiedene Dinge: nämlich die Entscheidung, ob ein Recht zur Aussage gegeben ist oder nicht, ist nur nach materiellem Recht zu beurteilen, während die Formen für die Durchsetzung der Norm des materiellen Rechts vom Prozeßrechte zu regeln sind. Die materiell-rechtlichen Normen können durch die Normen des prozessualen Rechtes in keiner Weise außer Kraft gesetzt werden. Der der Regelung der STPO. und ZPO. zugrunde liegende Gedanke ist folgender: die Prozeßordnung schreibt grundsätzlich für jedermann die Zeugnispflicht, welche erzwingbar ist, vor. Nun normiert das materielle Recht für bestimmte Personengruppen eine Schweigepflicht. Das Prozeßrecht trifft also eine Regelung, um den genannten Personengruppen es zu ermöglichen, ihrer nach materiellem Recht gebotenen Schweigepflicht nachzukommen. Die Berechtigung, die Aussage zu verweigern, gibt andererseits kein Wahlrecht zwischen Aussage und Zeugnisverweigerung. Den besten Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht geben die Motive zur ZPO,[3] in welchen es heißt, daß der § 383 ZPO. mit dem geltenden Recht in Einklang stehe und so gegen Verletzung der Diskretionspflicht ausreichend Sicherheit gewährleistet sei. Ebenso wäre sonst die Bestimmung des § 383 ZPO., nach welcher der Richter verpflichtet ist, auch bei Nichtgeltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts die Vernehmung auf solche Tatsachen nicht zu erstrecken, aus denen erhellt, daß ohne Verletzung der Diskretionspflicht ein Zeugnis nicht abgelegt werden kann, nicht verständlich. Ebenso deutet die Bestimmung der STPO., daß die Verschwiegenheitspflicht entfällt, wenn der Verteidiger von der Verschwiegenheitspflicht entbunden worden ist, darauf hin. Ebenderselben Ansicht ist das Reichsgericht. Es führt zu dem Problem in der vorliegenden Entscheidung[4] folgendes aus, allerdings in bezug auf die Schweigepflicht des Arztes:

> Das Gericht erklärt die Aerzte nur für berechtigt, aber nicht für verpflichtet, das Zeugnis zu verweigern, und es muß daher ihrem pflichtenmäßigen Ermessen und ihrer Diskretion im einzelnen Fall überlassen bleiben, ob sie dem Richter die gewünschte Auskunft geben zu dürfen glauben, oder nicht. Von einer Verletzung dieser Gesetztesstelle kann daher da, wo sich

3. Entwurf der ZPO. S. 252.
4. RGSTR. 19/365.

der Arzt veranlaßt sieht, auf das Recht der Zeugnisverweigerung zu verzichten und sich mündlich oder schriftlich vernehmen zu lassen, keine Rede sein.

Die Ansicht der Schriftsteller, die diese Entscheidung für die Meinung verwerten wollen, die Nichtgeltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechtes könne niemals eine Bestrafung aus § 300 STGB. nach sich ziehen, ist deshalb eine irrige, weil in der Entscheidung RG. 53/316 — diese Entscheidung stellt sich ausdrücklich auf den hier vertretenen Standpunkt, daß das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 STPO. kein Recht zur Aussage gebe — auf die Entscheidung RGST. 19/365 verwiesen wird. In der Entscheidung RG. 53/316 wird ausgeführt, daß jene Schriftsteller zu Unrecht auf die Entscheidung 19/365 Bezug genommen haben. Eine andere Entscheidung,[5] die zu dieser Entscheidung Stellung nimmt, verweist auf RGST. 19/365 Das RG. steht also auf dem Standpunkt, daß jede Geheimnisoffenbarung durch Zeugenaussage einer Vertrauensperson, wenn sie nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbunden ist, unbefugt ist.

Hiermit kann die — unechte — Pflichtenkollision zwischen Schweigepflicht und Zeugnispflicht als zu Gunsten der Schweigepflicht geregelt gelten.[6] Ist also der Strafverteidiger als Zeuge geladen, so wird er sich, bevor er aussagt, darüber klar werden müssen, ob er mit seinem Zeugnisse Geheimnisse seines Klienten offenbart. Sagt er trotzdem aus, so wird man die Strafbarkeit nach § 300 zu prüfen haben. Es macht hier keinen Unterschied, ob der Verteidiger als Zeuge in einem Straf- oder einem Zivilprozeß vernommen wird. Die Bestimmung § 383 III ZPO. spricht nicht dagegen, daß der Verteidiger, wenn er befürchtet, daß Geheimnisse seines Klienten zur Sprache kommen werden, auch im Zivilprozeß das Zeugnis verweigern muß. Die Bestimmung des § 383 III ZPO. soll nur eine Sicherung dagegen darstellen, daß ein Verteidiger, der pflichtwidrig aussagen will, in dem Verfahren gerade die Geheimnisse seines Klienten zur Sprache bringt. Diese Bestimmung wird nur ein unvollkommener Schutz gegen eine Geheimnisoffenbarung sein, denn der Richter wird keine Anhaltspunkte zur Prüfung dafür haben, ob es nun ein Geheimnis ist, was der Verteidiger offenbaren will, oder nicht.

---

5. RGST. 48/270.

6. So auch Götz 47, Friedersdorff 38, Sandheim 27, Ludwig 40, Kampfhenkel 46, Flesch 31, Exner 45, Deschl 152, Haferland 68, Günther 27, RGK. § 300, 7.

Die Kollision zwischen der Schweigepflicht des Strafverteidigers und seiner Zeugnispflicht ist eine unechte, weil eine Zeugnispflicht für den Verteidiger nicht besteht. Anders für seine Gehilfen. Für diese besteht das Zeugnisverweigerungsrecht nicht, andererseits besteht auch für den Gehilfen des Strafverteidigers eine Schweigepflicht. Die Problemstellung ist hier eine bedeutend schwierigere, weil der Gehilfe des Strafverteidigers es diesem nicht überlassen kann, für ihn zu entscheiden, ob er aussagen soll, oder nicht, sondern die Interessen- und Güterabwägung selbst wird durchführen müssen, was für ihn meistens schwierig, wenn nicht gar unmöglich sein wird. Ein Beispiel für eine derartige Pflichtenkollision gibt Rosenberg.[7]

Der Strafverteidiger eines Angeklagten hatte einige Wochen vor der Hauptverhandlung die Verteidigung niedergelegt. Dieser Verteidiger soll in der Hauptverhandlung über ein früheres Geständnis des Angeklagten und über die Bezahlung der Anwaltskosten als Zeuge vernommen werden. Der Angeklagte, der ursprünglich die Genehmigung erteilt hatte, zog sie später bezüglich des Geständnisses zurück. In der Hauptverhandlung sagte der Verteidiger aus, er habe kein Honorar erhalten; daraufhin wurde die Vernehmung der als Zeugen geladenen Sekretärin beschlossen. Hiergegen erhob der Verteidiger Einspruch, indem er sich auf die Schweigepflicht des § 300 berief.

Die Lösung dieser Pflichtenkollision ist nicht möglich: Dem Gehilfen des Verteidigers wird in den meisten Fällen eine Entscheidung aus der Hand genommen werden, weil das Gericht die Ablegung des Zeugnisses durch Zeugenstrafen erzwingt. Als feststehend kann hier angenommen werden, daß ein Gehilfe des Strafverteidigers, der unter dem Druck der Androhung von Zeugenstrafen offenbart, dies nicht unbefugt tut. Das hier gesagte gilt nicht für die Vernehmung eines Gehilfen im Zivilprozeß, weil er dort dem § 383 I 5 ZPO. unterfallen und somit ein Zeugnisverweigerungsrecht haben wird.

Jedoch kann es auch Fälle geben, in denen der Verteidiger zur Offenbarung gezwungen werden kann. So, wenn durch ein rechtskräftiges — wenn auch unrichtiges Urteil eines Gerichts dem Verteidiger das Recht auf Geheimhaltung versagt ist. Hier wird die Offenbarung des Geheimnisses durch den Verteidiger keine unbefugte sein können, denn er befindet sich ja dem Gericht gegenüber in einer Zwangslage.[8]

---

7. DJZ. 1925/1178 ff.
8. Flesch a. a. O. S. 31, RGZ. 13/313.

Gegebenenfalls kann das Gericht, das zu der Ueberzeugung gekommen ist, daß ohne die Zeugenaussagen des Verteidigers des Angeklagten diesem die Schuld nicht nachzuweisen ist, den als Zeugen geladenen Verteidiger zwingen, die Verteidigung niederzulegen und ihn dann zur Aussage zwingen. Der Verteidiger geht dadurch, daß ihm das Gericht zur Niederlegung der Verteidigung zwingt, zwar seiner Verteidigereigenschaft, jedoch nicht des Zeugnisverweigerungsrechtes nach § 53 STPO. verlustig. Genau wie das materielle Recht den Strafverteidiger auch nach der Beendigung seines Amtes der Schweigepflicht unterwirft, so gewährt sie ihm auch das Zeugnisverweigerungsrecht; denn das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 STPO. ist gewissermaßen das prozessuale Spiegelbild der materiellrechtlichen Schweigepflicht.

Das bisher über die Tätigkeit des Verteidigers als Zeuge gesagte gilt im gleichen Maße für seine Tätigkeit als Sachverständiger. Nach § 76 STPO. berechtigen die gleichen Gründe, welche einen Zeugen berechtigen, das Zeugnis zu verweigern, den zum Sachverständigen ernannten Strafverteidiger zur Verweigerung seines Gutachtens. § 85 STPO. dehnt dies Recht auf die sachverständigen Zeugen aus. Für den Zivilprozeß würde das Recht des Strafverteidigers, die Abgabe eines Sachverständigengutachten zu verweigern, durch § 408 ZPO. bestimmt, während § 414 ZPO. das Zeugnisverweigerungsrecht auch auf sachverständige Zeugen ausdehnt.

Der Staat hat durch die Regelung der Pflichtenkollision zwischen der Schweigepflicht und der Zeugnispflicht zu Gunsten ersterer gezeigt, daß er größeren Wert auf die Schweigepflicht legt als auf die Erforschung der Wahrheit im Prozesse. Im Gesetze ergeben sich aber noch einzelne Lücken in der folgerichtigen Durchführung des Grundsatzes. Da ist zunächst einmal die Art und Weise, wie der Strafprozeß gegen den Verteidiger vor sich geht, der unbefugt ein Privatgeheimnis offenbart hat. Das Verfahren gegen den Strafverteidiger ist öffentlich; durch die Zuhörer bei der Verhandlung und die Berichterstattung in der Presse könnte dann das Geheimnis in weitere Kreise getragen werden. Prozesse wegen eines Vergehens nach § 300 sind in der Praxis selten; zu allererst deswegen, weil der Antragsberechtigte lieber das meist kleinere Uebel, daß die Offenbarung bereits einmal geschehen ist, auf sich nimmt, als daß er durch den Antrag es ermöglicht, daß das Geheimnis weiteren Kreisen zur Kenntnis gebracht wird. Es wäre deshalb wünschenswert, wenn im kommenden Recht eine Bestimmung getroffen würde, nach welcher der Prozeß über die

Verletzung der Schweigepflicht unter Ausschluß der Oeffentlichkeit stattzufinden hat. Erst dann wäre der Zweck der Bestimmung des § 300 in vollem Umfange erreicht.

Auch das Problem der Beschlagnahme ist nach geltendem Recht nicht nach den Grundsätzen geregelt, die die folgerichtige Durchführung des Schutzes des Privatgeheimnisses erfordert. Nach § 95 STPO. sind Personen, welche Gegenstände im Gewahrsam haben, welche als Beweismittel im Strafprozeß von Bedeutung sind, auf Erfordern zur Vorlage und Auslieferung derselben verpflichtet. Auch die zwangsweise Wegnahme ist möglich. Diejenigen Personen, welche zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, sind zwar nicht zur aktiven Herausgabe, jedoch zur Duldung der zwangsweisen Wegnahme verpflichtet. Nach § 97 unterliegen der Beschlagnahme schriftliche Mitteilungen nicht, welche zwischen dem Beschuldigten und z. B. dem Strafverteidiger gewechselt werden, aber nur dann, wenn sie sich in den Händen der Vertrauensperson — z. B. des Strafverteidigers — befinden und der Strafverteidiger nicht z. B. der Begünstigung verdächtig ist. Das Beschlagnahmerecht würde hier vor allen Dingen die Handakten des Verteidigers treffen, ferner auch schriftliche Mitteilung zwischen dem Verteidiger und dem Beschuldigten, wenn sie bei dem letzteren sich befinden. Wesentlich ist das Beschlagnahmerecht besonders für die Handakten des Verteidigers, in welchen Mitteilungen des Beschuldigten vorhanden sein können, die nicht für die Oeffentlichkeit bestimmt sind. Eine Beschlagnahme der Handakten des Verteidigers bedeutet, daß die Verteidigung in allen Punkten illusorisch gemacht wird. Es wäre anzuregen, eine Bestimmung zu schaffen, wonach das Beschlagnahmeverbot auch auf die Handakten und andere Aufzeichnungen des Strafverteidigers erstreckt wird.[9]

Ein weiterer Fall, in dem eine prozessuale Bestimmung mit der materiell-rechtlichen Norm des § 300 STGB. nicht im Einklang steht, ist die Pflicht zur Offenbarung bei der Ablegung des Offenbarungseides. Z. B. der Klient eines Strafverteidigers hat diesem eine Geheimhaltungspflicht darüber auferlegt, daß er ihn in einem Strafverfahren wegen Betruges verteidigt habe. Der Verteidiger, der noch

9. Siehe hierzu Roth JW. 1911/132, Thiersch DJZ. 1904/356, Ebermayer DJZ. 1910/1220, Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung 1903 ZSTRW. 31/743, Protokolle der Reformkommission der STPO., 2, 175, 431, (1905) § 88 II des Entwurfes 1908, § 109 II d. E. 1919.

eine Honorarforderung gegen den Klienten hat, gibt bei dem Offenbarungseid die Forderung und den Grund der Forderung an. Namen und Höhe der Forderung sind zwar keine geheimzuhaltenden Tatsachen, es können aber daraus Schlüsse gezogen werden, und diese Schlüsse will der Geheimnisherr nicht ziehen lassen und schützt sich durch eine Schweigeauflage.[10] Gegen die Offenbarungsverpflichtung des § 807 ZPO., welche erzwingbar ist, gibt es aber keine Schutzbestimmung, demnach wird ein Strafverteidiger, der im Offenbarungseid ein Geheimnis offenbart, straflos sein.[11]

Als zweite der Pflichtenkollisionen soll hier die Kollision zwischen Schweigepflicht und den eigenen Interessen des Strafverteidigers behandelt werden. Schon bei der Untersuchung über die Befugnis zur Offenbarung war darauf hingewiesen worden, daß im Rahden der Pflichtenkollision die Pflichten- und Güterabwägung auch hier genauestens durchzuführen sei. Es war z. B einem die Honorarforderung einklagenden Strafverteidiger die Befugnis zur Offenbarung davon abhängig gemacht worden, daß er zuvor versucht habe, anders zu seinem Rechte zu gelangen. Aehnlich war es mit der persönlichen Beleidigung des Strafverteidigers in der Presse; hier war dem Strafverteidiger nur die Beleidigungsklage zugebilligt worden. Anders ist es jedoch dann, wenn nicht nur der Strafverteidiger in seiner Person, sondern in seiner Berufsehre angegriffen oder mit ihm die ganze Verteidigerschaft oder der Anwaltsstand angegriffen worden ist. Hier wird der Verteidiger die Rücksichtnahme auf die Geheimnisse seines ihn angreifenden Klienten vollständig beiseite lassen und auch in der Presse erwidern können. Haferland bringt hierzu folgenden Fall:[12]

Nehmen wir z. B. an, ein Klient veröffentlichte, nachdem sein Verteidiger das gegen ihn eröffnete Strafverfahren günstig oder ungünstig für ihn zu Ende geführt hat, eine Notiz über den Verteidiger, worin er mit Bezug auf seinen eigenen Prozeß ausspricht, daß der Deutsche Anwaltstand das Recht verdrehe und sich in jedem Verfahren unlauterer Mittel bediene.

Eine weitere Möglichkeit der Pflichtenkollision zwischen Schweigepflicht und Wahrnehmung eigener Interessen liegt vor, wenn der Strafverteidiger selbst in ein Strafverfahren — beispielsweise wegen

10. So auch Götz S. 45, A. A. Stein-Jonas, III zu § 807.
11. Siehe hierzu DJZ. 1914/990.
12. Haferland S. 70, vgl. auch Entsch. d. EGH. 3/56.

Begünstigung — verwickelt wird. Auch hier wird der Verteidiger straflos aussagen können. Eben dasselbe gilt für die Aussageberechtigung des Verteidigers in einem Disziplinarverfahren.

Pflichtenkollisionen schwerster Art treten dem Strafverteidiger bei seinem Verhältnis zum Beschuldigten entgegen. Im Gesetz findet sich keine Bestimmung, welche die Pflichten des Verteidigers dem Beschuldigten gegenüber im einzelnen regelt. Ganz allgemein ist zunächst festzustellen, daß der Unterschied zwischen wahlweiser und notwendiger Verteidigung die Bewertung der Verteidigerpflichten nicht beeinflußt.[13] Der Verteidiger hat zur Ermittlung der objektiven Wahrheit im Prozesse beizutragen; der Verteidiger darf aber andererseits die Stellung des Beschuldigten nicht verschlechtern und darf nicht zum zweiten Staatsanwalt werden; es gehört also nicht zu seinen Aufgaben, seinerseits zum Beweise der Schuld seines Klienten beizutragen, Beweise für dessen Schuld zu ermitteln und vorzutragen, und sich der Erhebung von Entlastungsbeweisen zu widersetzen.[14] Er würde hiermit seine Verteidigerpflichten geradezu verletzten.[15] Wäre hier der Verteidiger schon nicht nach § 300 strafbar, so würde er sich zumindest des Parteiverrates schuldig machen.

Was hat nun ein Strafverteidiger zu tun, dem sein Klient ein glaubwürdiges Geständnis abgelegt hat, in der Hauptverhandlung aber leugnet? Das Problem ist hier ein dreifaches. Ist der Verteidiger den Wünschen des Mandanten allzu nachgiebig, so wird er sich gegebenenfalls der Begünstigung schuldig machen; wird er aber im Interesse der Findung der materiellen Wahrheit auf die Wünsche seines Mandanten keine Rücksicht nehmen, wird er insbesondere Wünschen seines Mandanten auf Geheimhaltung bestimmter mitgeteilter Tatsachen nicht nachkommen und etwa auf Angriffe von seiten der Staatsanwaltschaft Geheimnisse seines Mandanten offenbaren, so wird er gegebenenfalls sich eines Geheimnisbruches oder eines Parteiverrates — diese Delikte werden bei Offenbarung dem Gericht gegenüber häufig in Tateinheit auftreten — schuldig machen. Sagt er aber gar nichts, so kommt es seinen Verteidigerpflichten nicht nach.

Zur Beleuchtung des Problems „Strafverteidiger und Schweigepflicht" soll hier noch einiges über den Parteiverrat im Strafverfahren gesagt werden. Der Name Parteiverrat setzt zwei Parteien mit wider-

13. So RGST. 15/315.
14. Jansen a. a. O. S. 95.
15. Ebermayer DJZ. 1927/134 ff., Liszt DJZ. 1901/181.

streitenden Interessen voraus. Das Gesetz redet hier nur von Rechtssachen: eine Rechtssache ist auch eine Strafsache, also spricht schon der Wortlaut des Gesetzes dafür, daß der Geheimnisverrat auch in Strafsachen Anwendung zu finden habe. Auch geht dies aus der geschichtlichen Entwicklung des Delikts hervor; die Constitutio Criminalis Carolina dehnt im Artikel 115 den Parteiverrat ausdrücklich auf peinliche Sachen aus. Die herrschende Lehre steht auf dem Standpunkt, daß der Parteiverrat in Strafsachen dem Staatsanwalt gegenüber begangen werde; Haferland[16] meint hierzu: „Der Umstand, daß die STA. verpflichtet ist, auch die zu Gunsten des Beschuldigten sprechenden Umstände zu erörtern, vermag diese Parteistellung nicht zu beseitigen; das Entscheidende sind für das Vorhandensein von Parteien die widerstreitenden Interessen, die in einem öffentlichen Strafverfahren eben darin bestehen, daß der Beschuldigte möglichst Freispruch erlangen will, während die STA. das subjektive Strafrecht des Staates möglichst weit auszudehnen versucht."[17]

M. E. ist die Frage, ob auch im Strafverfahren ein Parteiverrat möglich ist, grundsätzlich zu bejahen. Allerdings wird man Haferland darin nicht folgen können, als er den Staatsanwalt gewissermaßen als Gegenpartei, demgegenüber der Parteiverrat begangen wird, angesehen wissen will. Nach unserem Rechtsdenken ist der Staatsanwalt nicht Partei, sondern wirkt bei der Rechtsfindung mit. Andererseits erscheint es mir nicht erforderlich, daß auf der Gegenseite ein bestimmter Repräsentant steht, dem gegenüber der Parteiverrat begangen wird, sondern es erscheint lediglich erforderlich, daß auf der Gegenseite Interessen stehen, die den Staat zur Ingangsetzung des Strafverfahrens veranlassen und daß diese Interessen denen des Beschuldigten zuwider laufen. Im übrigen wird den Ausführungen Sacks[18] zu folgen sein, wenn er der Parteistandpunkt der STA. bekämpft: „Der Staatsanwalt ist in keinem Fall Vertreter eines einzelnen Verletzten und daher nie Partei oder Gegner des Angeklagten und des Verteidigers, er ist vielmehr in jedem Fall, wie sein Name

16. Haferland, a. a. O. S. 74.

17. Ebenso Olshausen, § 356 unter 3a, Frank § 356, unter II, 1, Liszt-Schmidt S. 619, Meyer- Ahlfeld S. 611, Binding LB. II, S. 582, Hälschner II, S. 1083, Finger, Kunst des Rechtsanwalts S. 218, Gerland, Strafrecht, S. 275, Ebener, Die Prävarikation der Rechtsbeistände, Diss. Heidelberg 1913, S. 55, RGST. 49/344.

18. Sack, a. a. O. S. 130.

schon sagt, Anwalt des Staates und damit ebenso wie der Verteidiger Anwalt des Rechtes und Sachwalter der Gemeinschaft."

Auch in der Norm des § 356 STGB. ist das Tatbestandsmerkmal der „Pflichtwidrigkeit" enthalten. Nach im wesentlichen den gleichen Gesichtspunkten, nach denen sich die Befugnis zur Geheimnispreisgabe beurteilt, dürfte auch die Frage zu entscheiden sein, ob in der Mitteilung bestimmter Tatsachen durch den Verteidiger in einem Strafverfahren ein Parteiverrat zu erblicken ist oder nicht.

Der Ausgangspunkt dieser Betrachtung über das Wesen des Parteiverrats im Strafverfahren war die Frage, wie sich der Verteidiger bei einem ihm gegenüber abgelegten Geständnis zu verhalten habe. Der Verteidiger wird zunächst einmal nicht auf Freisprechung plädieren dürfen, weil er sich hierdurch der Gefahr der Bestrafung nach § 257 STGB. aussetzen würde; ferner würde er damit auf das schwerste gegen seine Standespflichten verstoßen. Der Verteidiger hat bei der Findung des materiellen Rechts mitzuwirken, soweit diese Mitwirkung nicht durch lebenswichtige Interessen seines Klienten begrenzt wird, und das ist hier nicht der Fall. Abgesehen von jüdischen Schriftstellern, die früher ein Recht des Verteidigers konstruieren wollten, auch in Kenntnis der Schuld des Mandanten auf Freisprechung anzutragen, dürfte die Meinung heute darüber eine einhellige sein. Ich will hier eine früher vertretene Gegenansicht zitieren:[19]

> Das Recht des Angeklagten, nur auf Grund des gegen ihn erbrachten Beweismaterials verurteilt zu werden, darf der Verteidiger durch sein Plädoyer nicht vereiteln. Es kann daher niemals strafbar sein, wenn der Verteidiger trotz Kenntnis der Schuld des Angeklagten darzulegen versucht, daß das vorhandene Material zu einer Verurteilung nicht ausreicht. Hat der Angeklagte seinem Verteidiger ein glaubwürdiges Geständnis abgelegt, und in der Hauptverhandlung wird der Schuldbeweis gegen diesen nicht erbracht, . . . so hat auch der Verteidiger die Pflicht, einen solchen Antrag zu stellen.[20]

Darf nun der Verteidiger überhaupt einen Schuldigen verteidigen? Muß er nicht, wenn der Beschuldigte, der dem Verteidiger das

19. Maria Arenz, a. a. O. S. 45, ebenso Kohler Goltd. Arch. 58/279.

20. Ders. Ansicht wie Verf.: Kaßler, JW. 37/1050, Messer, JW. 37/1389, Mertens, JW. 37/1390, Hoffmann, JW. 37/1950, Schütze JW. 34/1029, Noack, JW. 34/1930, Spahlinger, JW. 34/1318, Sack, S. 126 f., Klefisch JW. 35/3353, Kalter, a. a. O. S. 76, Jonas, JW. 27/365.

Mandat angetragen hat, sich weigert, das dem Verteidiger abgelegte glaubwürdige Geständnis in der Hauptverhandlung zu wiederholen, die Uebernahme der Verteidigung ablehnen bezw., wenn er die Verteidigung schon übernommen hatte, die Verteidigung niederlegen? Zunächst einmal wird man den Verteidiger für verpflichtet halten können, seinen Mandanten zu fragen, ob er schuldig sei oder nicht. Gibt er seine Schuld zu, so bildet dies Geständnis nicht etwa einen Grund für den Verteidiger, die Verteidigung abzulehnen. Auch der Schuldige hat Anspruch auf einen Verteidiger. Es kann keine Rede davon sein, daß ein Strafverteidiger etwa mit seinen Standespflichten in Konflikt käme, wenn er einen Schuldigen verteidigt. Der Offizialverteidiger ist sogar verpflichtet, für den Angeklagten tätig zu werden, selbst wenn er einwandfrei schuldig ist. Der Verteidiger wird seinen Klienten, wenn er ihm ein Geständnis seiner Schuld abgelegt und der Verteidiger die Führung der Verteidigung übernommen hat, auffordern, das Geständnis in der Hauptverhandlung zu wiederholen. Es herrscht im Schrifttum Streit, was der Verteidiger tut, wenn der Klient sich weigert, das ihm gegenüber abgelegte Geständnis in der Hauptverhandlung zu wiederholen. Ein Teil der Schriftsteller[21] erklärt die sofortige Niederlegung des Mandats dringend für geboten. Ein anderer Verfasser[22] ist der Ansicht, daß der Verteidiger das Geständnis des Klienten dem Gericht offenbaren muß. Er schreibt hierzu:

> Im Augenblick der Kenntnisgabe an den Verteidiger war es nicht mehr ein Privatgeheimnis, über das der unmittelbar Betroffene nach seinem Willen bestimmen konnte, sondern eine Tatsache, deren Offenbarung nicht nur dem gesunden Volksempfinden entsprach, sondern darüber hinaus einer sittlichen und rechtlichen Verpflichtung. Der Verteidiger muß also offenbaren, daß ihm gegenüber ein Geständnis abgelegt worden ist.

Eine Reihe von Verfassern ist gegen die Niederlegung.[23] Graf v. Goltz meint hierzu, wenn ein Verteidiger die Verteidigung in diesem Falle niedergelegt habe, werde eben sein Klient gewitzigt werden, sich einen anderen Verteidiger nehmen und diesen von vorn-

---

21. Kaßler, JW. 37/1050, Noack, JW. 34/1030, Spahlinger, JW. 34/1318.
22. Lotar Kühne, a. a. O. S. 68.
23. Graf v. Goltz, DJZ. 34/182, Messer, JW. 37/1389, Schütze, JW. 34/1029.

herein belügen. Er meint, wenn solche Grundsätze bekannt werden, würde grundsätzlich überhaupt nur noch gelogen werden; damit sei der Findung der Wahrheit weniger gedient, als wenn wenigstens der Verteidiger die volle Wahrheit kenne und von solcher Kenntnis aus den Angeklagten im Sinne wahrer Erklärungen beeinflussen könne. Im übrigen liege gegebenenfalls darin, daß der Pflichtverteidiger oder der Wahlverteidiger die Verteidigung niederlege, ein Verrat des Mandanten.

Messer macht den Vorschlag, der Verteidiger solle in diesem Falle die Verteidigung weiter fortführen; er habe jedoch die Pflicht, dem Beschuldigten zu eröffnen, daß er sich gegen die Schuldausführung der STA. nicht wenden würde, sondern lediglich Milderungsgründe vortragen könne.

Schütze sieht in einer Niederlegung des Mandats einen Vertrauensbruch, denn „er würde ohne weiteres dem Gericht dokumentieren, daß sein Mandant der Täter ist, und auf diese Weise aus einem Vertrauten und Verteidiger des Angeklagten in der Stunde der Not sein Ankläger werden, ihm gleichsam in den Rücken fallen. Außerdem sind die Fälle gar nicht selten, in denen der Angeklagte ein falsches Geständnis gegenüber seinem Verteidiger abgegeben hat, das er dann in der Hauptverhandlung mit Recht widerruft". Schütze bringt hierzu folgenden Fall:

> Der Vater hat zunächst die Absicht, für seinen schuldigen Sohn die Tat auf sich zu nehmen, besinnt sich aber dann vor dem Richter in der feierlichen Hauptverhandlung doch eines besseren und gibt der Wahrheit der Ehre. Und nun legt der Verteidiger, weil sein Klient in der Hauptverhandlung sein Geständnis nicht wiederholt, sein Mandat nieder.

Es sei eben, so meint Schütze, dem Verteidiger nicht möglich, festzustellen, ob das Geständnis ein wahres oder ein falsches sei, und wenn er auf Grund eines — gegebenenfalls falschen — Geständnisses die Verteidigung niederlege, sei die Verantwortung für den Verteidiger zu schwer. Er fordert eine dem § 53 STPO. anzufügende Vorschrift folgenden Inhalts:

> War den unter Nr. 2 bezeichneten Personen von dem Beschuldigten ein glaubwürdiges Geständnis abgelegt, so haben sie sofort ein Protokoll darüber unter möglichster Angabe von Einzelheiten aufzunehmen, von dem Beschuldigten unterschreiben zu lassen und, auch mit ihrer Unterschrift versehen, unverzüglich dem zuständigen Gericht einzureichen.

Aus der Reihe der Schriftsteller, die in diesem Falle eine Niederlegung fordern, begründet sie Kaßler damit, daß dem Verteidiger, wenn er nicht niederlegen würde, zugemutet würde, offenbares Unrecht zu vertreten und für den Versuch des Angeklagten, durch Leugnen einen Freispruch oder ein ihm günstiges, jedenfalls aber unrichtiges Urteil zu erzielen, Beihilfe zu bieten. Eine solche Zumutung müsse der Anwalt ablehnen. Bei der Niederlegung müsse der Verteidiger immerhin noch soviel Rücksicht auf seine Klienten nehmen, daß er die Niederlegung mit einem der Strafsache selbst fremden Vorwand begründen müsse. Wenn er sich zu einer solchen Begründung nicht entschließen könne oder wolle, so dürfe er doch keinesfalls den Grund, seine Verteidigung abzulehnen, dem Gericht mitteilen, weil er in diesem Falle seiner Treu- und Verschwiegenheitspflicht zuwider handeln würde.

Noack fordert für diesen Fall, der Wahlverteidiger solle die Verteidigung niederlegen; wenn das Gericht aus der Erklärung, er lege das Mandat nieder, gewisse Schlüsse ziehen könne, so daß die Gefahr einer mittelbaren Verletzung der Schweigepflicht bestehe, so gehe diese Gefahr zu Lasten des Angeklagten. Da er von seinem Verteidiger auf die Folgen seines Leugnens in der Hauptverhandlung hingewiesen sei, habe er die Folgen zu tragen. Der Pflichtverteidiger müsse seine Entbindung von dem Mandat beantragen; er dürfe zur Begründung seines Begehrens nach Entlassung jedoch nicht angeben, daß ihm der Angeklagte ein Geständnis abgelegt habe und daß er nun bei dem Leugnen in einen Gewissenskonflikt gerate. Ferner fordert Noack zur Verhinderung der Möglichkeit, daß der Angeklagte zu einem anderen Verteidiger ginge, diesen von seiner Schuldlosigkeit überzeugte und aus irgend einem Grunde trotz seiner Schuld freigesprochen würde, die Schaffung einer Vorschrift, die unter gewissen Umständen den Verteidiger von seiner Schweigepflicht freistelle.

Spahlinger ist der Ansicht, daß die Niederlegungspflicht durch die Standespflichten gefordert werde. Beschränkte sich der Verteidiger dagegen auf die Geltendmachung strafmildernder Umstände, so gebe er dadurch, wenn auch nur indirekt, das ihm anvertraute Geheimnis preis, das er kraft seines Berufes grundsätzlich zu wahren verpflichtet sei.

Sack[24] ist der Ansicht, daß eine Niederlegungspflicht für den Verteidiger nicht bestehe, da sie weder wünschenswert sei noch der

24. a. a. O. S. 113.

richtig verstandenen Verteidigerstellung entspräche. Er fordert von dem Verteidiger die Bewahrung einer neutralen Haltung: der Verteidiger habe zwar nicht auf Freisprechung anzutragen, er habe aber weiterhin die Schwächen der Anklage vorzutragen, auf juristische Bedenken aufmerksam zu machen etc.[25] Für den Fall der Annahme der von Schütze vorgeschlagenen Protokollierungspflicht bedürfe es einer Ergänzung der materiell-rechtlichen Bestimmung über die Schweigepflicht.

Es sind zwei Grundsätze, nach denen es sich beurteilt, was der Verteidiger in diesem Falle zu tun hat: 1. Grundsätzlich besteht eine Schweigepflicht; 2. kein Unschuldiger soll Strafe erleiden, aber andererseits soll auch kein Schuldiger durch die Maschen des Gesetzes schlüpfen können. Das Bestehen der Schweigepflicht wird besonders für die Frage akut, ob eine Niederlegungspflicht besteht oder nicht. Sowohl die von Graf v. der Goltz als auch die von Schütze vorgebrachten Gründe scheinen mir stichhaltig zu sein. Es würde sich in den Kreisen der Rechtsbrecher bald herumsprechen, daß jeder Strafverteidiger, demgegenüber man sich weigert, ein Geständnis in der Hauptverhandlung zu wiederholen, die Verteidigung niederlegt. Um sich nicht dieser Gefahr auszusetzen, wird ungefähr jeder Klient von vornherein lügen und wird, auch wenn er schuldig ist, seine Unschuld beteuern. Dieser Zustand würde dann dazu führen, daß das Verhältnis zwischen dem Verteidiger und seinem Klienten ein nicht gerade auf Vertrauen aufgebautes wäre. Es wäre besser, der Klient wüßte, daß der Verteidiger, was er ihm auch immer anvertraut, die Verteidigung weiterführt, daß er keinen Druck auf ihn ausübt, das Geständnis auch dem Gericht gegenüber zu wiederholen; dann würde das Verhältnis zwischen dem Verteidiger und seinem Klienten ein vertrauensvolles sein. Das Verhältnis zwischen dem Verteidiger und seinem Klienten muß nun einmal ein Vertrauensverhältnis sein und es ist ein unmöglicher Zustand, daß dies Verhältnis sich unter besonderen Umständen gewissermaßen in einen latenten Kriegszustand verwandelt. Ein Verteidiger, der zu seinem Klienten in einem Vertrauensverhältnis steht, wird viel eher die Möglichkeit haben, aus dem Klienten die Wahrheit herauszubekommen als ein Verteidiger, der es nicht versteht, das Vertrauensverhältnis zwischen sich und seinem Klienten herzustellen. Wenn der Verteidiger einmal das Vertrauen seines schuldigen Klienten hat, wird es ihm auch leicht fallen, ihn dahin zu bringen, daß er ihn von der Schweigepflicht entbindet und

25. Derselben Ansicht Jansen a. a. O. S. 113, Kalter a. a. O. S. 77.

ihn ermächtigt, das Geständnis dem Gericht zu offenbaren. Das dürfte dann die am meisten praktische Lösung dieser Pflichtenkollision sein.

In der Offenbarung des Geständnisses wider den Willen des Klienten wird sowohl ein Vertrauensbruch zu erblicken sein, als auch wird darin eine Geheimnisverletzung nach § 300 liegen. Ein höheres Interesse gebietet die Offenbarung nur dann, wenn es zu befürchten steht, daß der schuldige Klient, der dem Verteidiger ein Geständnis abgelegt hat, vielleicht weil das Beweisergebnis nicht ausreicht, freigesprochen werden müßte. Hier nun wäre es am Platze, wenn das nach dem Vorschlag von Schütze protokollierte Geständnis des Angeklagten dem Gericht übergeben würde. Wenn Sack gegen die von Schütze vorgeschlagene Protokollierungspflicht einwendet, dann hätte ja der Beschuldigte sein Geständnis schon aus Rücksichten der Kostenersparnis, auch dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft gegenüber ablegen können, dann hat er nicht berücksichtigt, daß kraft des zwischen Verteidiger und Klienten bestehenden Vertrauensverhältnisses der Angeklagte seinem Verteidiger viel eher ein Geständnis abzulegen wird als etwa dem Gericht oder der STA. Zweckmäßigerweise wird der Verteidiger das Protokoll bis zum Ende der Beweisaufnahme zurückzuhalten haben. Ergibt dann die Beweisaufnahme die Schuld des Angeklagten, so wäre eine Geheimnisoffenbarung durch Uebergabe des Protokolls überflüssig. Ergibt jedoch die Beweisaufnahme die Schuld des Angeklagten nicht, so ist die Offenbarung keine unbefugte, da die im Rahmen der Pflichtenkollision angestellte Güter- und Pflichtenabwägung dann ergeben würde, daß ein die Offenbarung gebietendes Rechtsgut vorhanden ist, nämlich das Interesse der Gemeinschaft, daß der Rechtsbrecher niemals straflos ausgehen darf. Einer Ergänzung der materiell-rechtlichen Bestimmung des § 300, wie ihn Sack vorschlägt, dürfte sich somit erübrigen, da bei Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen der Verteidiger straflos offenbaren kann. Allerdings soll der Klient dagegen geschützt werden, daß ein falsches Geständnis dem Gericht offenbart wird; dies gilt für die Fälle, in denen ein Klient dem Verteidiger eine Tat eingestanden hat, die er gar nicht begangen hat. Daß dies im täglichen Leben öfter vorkommt, ist von Schütze schon dargelegt worden. Der Verteidiger wird sich also klar werden müssen, ob den Umständen nach das Geständnis als ein den Tatsachen entsprechendes gelten kann oder nicht. M. E. wäre es am Platze, in den nach dem Vorschlag von Schütze anzufügenden Absatz des § 53

StPO. — da sich diese Bestimmung mit dem Zeugnisverweigerungsrecht des Verteidigers befaßt, der Verteidiger jedoch, auch wenn er nicht Zeuge ist, einer Protokollierungspflicht unterliegen soll, steht die Bestimmung dort eigentlich am unrichtigen Platz — noch eine Bestimmung aufzunehmen, nach welcher der Verteidiger sich darüber auszusprechen hat, ob und aus welchen Gründen er das Geständnis für ein glaubwürdiges hält oder nicht. Dies dürfte der einzige Punkt sein, in welchem die private Ueberzeugung des Verteidigers wesentlich sein könnte.[26]

Gegen eine Niederlegung der Verteidigung in diesem Falle spricht sich auch ein Beschluß des OLG. Breslau aus.[27] Hier hat das Gericht dem Verteidiger, der mit Rücksicht auf einen entstandenen Gewissenskonflikt sein Amt niederlegte, die Kosten der Terminsvertretung auferlegt. Es hatte in dem Beschluß zum Ausdruck gebracht, ein Grund für die Niederlegung der Verteidigung bei Kenntnis der Schuld des Angeklagten könne nur als stichhaltig angesehen werden, wenn man der Auffassung sei, daß man von dem Verteidiger unter allen Umständen, trotz Kenntnis der Schuld des Mandanten, ein Eintreten für die Freisprechung verlangen müsse. Letzteres sei jedoch nicht zu verlangen, denn der Verteidiger komme mit der sittlichen Pflicht und der inneren Wahrhaftigkeit nicht in Konflikt, wenn er sich auf die Wahrung der prozessualen Rechte des Angeklagten und auf die Hervorhebung mildernder Umstände beschränke. Diese Ansicht dürfte sich mit der oben ausgeführten Einschränkung auch heute noch vertreten lassen.

Es könnte sich nun in den Fällen, in denen das Verhältnis zwischen Verteidiger und Klienten kein auf Vertrauen beruhendes ist, die Möglichkeit ergeben, daß der Klient zwar leugnet, die Tat begangen zu haben, der Verteidiger aber doch von der Schuld des Mandanten überzeugt ist. Hier wird man dem Verteidiger weder eine Niederlegungsbefugnis, noch eine Offenbarungsbefugnis zubilligen können, noch die Berechtigung, etwa auf schuldig zu plädieren.[28] Die Privatüberzeugung des Verteidigers ist ein subjektives Moment. Die Bildung dieser Ueberzeugung kann immer die Möglichkeit einschließen, daß dem Verteidiger hierin Fehler unterlaufen; die Bekanntgabe könnte für den Angeklagten verhängnisvoll werden. Hat

26. Gegen diese Regelung: Greffin a. a. O. S. 55.
27. Beschluß vom 29. 7. 1903.
28. Ebenso Liszt DJZ. 1906/129, Ebermayer DJZ. 1927/37.

der Angeklagte dem Verteidiger kein Geständnis abgelegt, dann wird der Verteidiger, mag er auch persönlich von der Schuld seines Klienten überzeugt sein, falls die Beweise zu einer Verurteilung nicht genügen, Freisprechung beantragen.[29]

Benedikt[30] bringt zum Beweise, daß diese Anschauung auch in anderen Ländern die gleiche sei, folgendes Beispiel:

> In einem Sensationsgiftmordprozeß im Jahre 1856 begann der Verteidiger seine Rede mit den Worten, er glaube fest an die Unschuld des Angeklagten. Der Generalstaatsanwalt replizierte scharf und sagte, der Verteidiger hätte besser getan, jede Bemerkung zu unterlassen, die seine private Ueberzeugung betreffe.

Schütze[31] verlangt in diesem Falle Niederlegung des Mandats, da „es sich nicht mit seiner Standesehre und mit seinem Gewissen vereinbaren ließe, gegen seine Ueberzeugung vor Gericht für die angebliche Unschuld seines Klienten einzutreten". Hiergegen wird von Greffin[32] ganz richtig geltend gemacht, daß der Verteidiger, wenn er hier Freispruch beantrage, keine Treupflicht gegen Staat und Volk verletze, denn nach der geltenden Prozeßordnung rechtfertigte ja nicht nur die erwiesene Unschuld, sondern auch der Mangel des Schuldbeweises den Antrag auf Freisprechung.

Es kann also insoweit, abgesehen von den oben erwähnten prozessualen Aenderungsvorschlägen, die Schlußfolgerung gezogen werden, daß eine Niederlegungsbefugnis für den Verteidiger in keinem Fall besteht, sondern daß der Verteidiger auf seinem Posten zu bleiben hat, selbst wenn der Klient dem Verteidiger Schwierigkeiten zu machen versucht und dadurch die Verantwortung für den Strafverteidiger eine doppelt schwere wird.

---

29. So Kaßler, JW. 37/1050, Spahlinger, JW. 34/1318, Greffin S. 58.
30. Benedikt, a. a. O. S. 51.
31. JW. 34/1029.
32. a. a. O. S. 58.

VI. Offenbarungspflichten.

Der Schweigepflicht steht in gewissen Fällen eine gesetzlich normierte Offenbarungspflicht entgegen. Auch hier handelt es sich um eine Pflichtenkollision. Daß in diesem Falle die Offenbarungspflicht die höherwertige ist, ergibt sich schon aus dem Vergleich der jeweils angedrohten Strafen.

Das Hauptbeispiel für eine gesetzliche Offenbarungspflicht ist die Anzeigepflicht des § 139 STGB. Hiernach ist jedem, wer von dem Vorhaben eines Hochverrats, Landesverrats, einer Wehrmittelbeschädigung, eines Verbrechens wider das Leben, eines Münzverbrechens, eines Raubes, Menschenraubes oder gemeinschaftlichen Verbrechens glaubhaft Kenntnis erhält, zur Pflicht gemacht, hier der Behörde oder dem Bedrohten zur rechten Zeit Anzeige zu machen.

Hiernach wird durch die im § 139 STGB. vorgeschriebene Anzeigepflicht nur die Anzeige an die Behörde oder an die bedrohte Person gerechtfertigt. Dagegen ist in einer Anzeige an Dritte strafbare Offenbarung zu erblicken, da diesen Dritten gegenüber keine Anzeigepflicht besteht.[1] Diese Ansicht dürfte allerdings dahin einzuschränken sein, daß auch eine Anzeige an Dritte, die dem Anzeigenden geeignet erscheinen könnte, das drohende Verbrechen abzuwenden, nicht als unbefugte Offenbarung, wenn durch die Anzeige ein Geheimnis offenbart wird, anzusehen ist; aber nur dann, wenn die Anzeige keinen Aufschub verträgt und eine Behörde oder die bedrohte Person im Augenblick nicht erreichbar sein wird. Aehnliche Anzeigepflichten finden sich im Militärstrafgesetzbuch, im Sprengstoffgesetz vom 9. 6. 1884, im Erbschaftssteuergesetz vom 22. 8. 25 §§ 27, 28, im Reichsstempelgesetz vom 15. 7. 09, § 82, im Wechselsteuergesetz vom 2. 9. 35, § 12, im Reichspersonenstandsgesetz. Die übrigen Gesetze, in welchen Offenbarungspflichten normiert sind — auf diese Gesetze ist teilweise in der Einleitung schon hingewiesen worden — sind insbesondere für Mediziner und andere Personen der Heil- und Gesundheitspflege von Interesse.

---

1. Sauter 237, a. M. Hippe S. 296.

Lebenslauf.

Am 16. März 1914 wurde ich in Berlin geboren. Ich besuchte das humanistische Gymnasium in Ballenstedt, welches ich Ostern 1932 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte an der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin und an der Ludwig-Maximilian-Universität in München Rechtswissenschaften und bestand am 10. August 1935 die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. Oktober 1935 bin ich als Gerichtsreferendar tätig. Vom Oktober 1936 bis zum November 1938 diente ich aktiv in einem Infanterieregiment. Die vorliegende Arbeit wurde am 9. November 1939 abgeschlossen.